

Die Zuständigkeit des Beamten und der Behörde

von

WOLFGANG FAHRENKAMP

=

1962



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555213_0082

Die Zuständigkeit des Beamten und der Behörde

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von

Wolfgang Fahrenkamp

1962



Referent: Prof. Dr. jur. Dr. med. h.c. Karl Engisch

Correferent: Prof. Dr. jur. Reinhart Maurach

Tag der mündlichen Prüfung: 30. 7. 1962

Inhaltsübersicht

	Seite
Literaturverzeichnis	V
Abkürzungsverzeichnis	XIV
Einleitung	1
I. Teil	
<u>Bestimmung der rechtlichen Zuordnung des Begriffes der Zuständigkeit oder des ihr entsprechenden Begriffes und die Voraussetzungen dieser Zuordnung</u>	3
<u>1. Abschnitt: Die Lehre vom Aufbau des Verbrechens</u>	3
1.) Die allgemeinen Verbrechensmerkmale	3
2.) Der besondere Tatbestand	7
3.) Die Prozeßvoraussetzungen	8
4.) Die objektiven Bedingungen der Strafbarkeit	11
5.) Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe	15
6.) Die Rechtspflichtmerkmale	17
<u>2. Abschnitt: Die Bestimmung der rechtlichen Zuordnung des Begriffes der Zuständigkeit oder des ihr entsprechenden Begriffes</u>	21
1.) Auslegungsmethoden	21
2.) §§ des StGB, bei denen die Zuständigkeit oder das ihr entsprechende Merkmal objektive Bedingung der Strafbarkeit ist	25
a.) Vorbemerkung	25
b.) §§ 113, 117, 110, 116 StGB	25
c.) Zusammenfassung	33
3.) §§ des StGB, bei denen die Zuständigkeit Tatbestandsmerkmal ist	33
4.) Zusammenfassung	

II. Teil

<u>Abstrakte und konkrete Zuständigkeit</u>	49
<u>1. Abschnitt: Allgemeine Vorbemerkungen</u>	49
1.) Das Verhältnis von abstrakter und konkreter Zuständigkeit	49
2.) Abstrakte Zuständigkeit als abstrakte sachliche Zuständigkeit	50
3.) Abstrakte Zuständigkeit und Verletzung des Rechtsguts	51
4.) Abstrakte und konkrete Zuständigkeit im Verhältnis zu objektiver Strafbarkeitsbedingung und Tatbestandsmerkmal	52
<u>2. Abschnitt: Abstrakte oder konkrete Zuständigkeit als Voraussetzung der Strafbarkeit</u>	53
1.) § 113 StGB	53
2.) § 117 StGB	58
3.) § 110 StGB	60
4.) § 116 StGB	63
5.) § 137 StGB	64
6.) § 154 StGB	71
7.) §§ 153, 156 StGB	76
8.) § 164 StGB	77
9.) §§ 327, 328 StGB	80
10.) § 348 Abs. 1 StGB	82
11.) § 360 Ziffer 8 StGB	84
12.) § 360 Ziffer 12 StGB	85
13.) § 363 StGB	85
14.) Zusammenfassung	86

Literaturverzeichnis

- Beling, Ernst Die Lehre vom Verbrechen. Tübingen
1906 (zit.: Beling, Verbrechen)
- Bemmann, Günter Zur Frage der objektiven Bedingungen
der Strafbarkeit. Göttingen 1957.
(zit.: Bemmann, Bedingungen)
- Binding, Karl Handbuch des Strafrechts. Erster Band.
Leipzig, 1885. (zit.: Binding Handbuch)
- Die Normen und ihre Übertretung. Eine
Untersuchung über die rechtmäßige Hand-
lung und die Arten des Delikts.
Vierte Auflage, Erster Band. Normen
und Strafgesetze. Leipzig 1922 (zit.:
Binding, Normen Bd. I)
- Buhlke, Heinz Die Strafbarkeit falscher eidesstattli-
cher Versicherungen nach § 156 RStGB
unter besonderer Berücksichtigung des
Streites um die Rechtsnatur des Begrif-
fes der Zuständigkeit. Diss. Göttingen
1953
- Bülow, Oskar Die Lehre von den Proceßeinreden und
die Proceßvoraussetzungen. Gießen 1868
(zit.: Bülow)
- Dohna, Alexander Der Aufbau der Verbrechenslehre. 3.
Graf zu Aufl. Bonn 1947. (zit.: Dohna, Aufbau)
- Engisch, Karl Untersuchungen über Vorsatz und Fahr-
lässigkeit im Strafrecht. Berlin 1930.
(zit.: Engisch, Untersuchungen)

- Engisch, Karl Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht. Mon Krim Biol 1938, 133 ff.
- Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht. Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag 15.10.1953. München und Berlin 1954 S. 127 ff. (zit.: Engisch, Festschrift für Edmund Mezger)
- Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit. Heidelberg 1953 (zit.: Engisch, Konkretisierung)
- Finger, August Thatbestandsmerkmale und Bedingungen der Strafbarkeit. Goldt A. 50, 32 ff.
- Forsthoff, Ernst Lehrbuch des Verwaltungsrechts. Erster Band. Allgemeiner Teil. 6. Aufl. München und Berlin 1956
- Francke Das Deutsche Strafgesetzbuch und die Strafsachen aus Handlungen der Zeit vor dessen Gesetzeskraft. Zugleich ein Beitrag zur Systematik des neuen Deutschen Strafrechts. Goldt A. 20, 14 ff. 1872
- Frank, Reinhard Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetze. 8. bis 10. Aufl. 2. Abdruck Tübingen 1912 (zit.: Frank, 8/10), 18. Aufl. Tübingen 1931 (zit.: Frank, 18)
- Gallas, Wilhelm Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen. ZStW 67, 1 ff. 1955

- Hamann, Andreas Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949. Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis. 2. Aufl. Neuwied Berlin 1960
- Hartung, Fritz Die Entscheidung des Bundesgerichtshofes zur Frage des Verbotsirrtums. NJW 1952, 761 ff.
- Heitzer, A. Der Schuldbegriff bei Delikten gegen den Staat. NJW 1952, 729 ff.
- Hellwig, Konrad System des Deutschen Zivilprozeßrechts. Erster Teil. Leipzig 1912. (zit.: Hellwig)
- v. Hippel, Robert Deutsches Strafrecht
1. Bd. Allgemeine Grundlagen. Berlin 1925
2. Bd. Das Verbrechen. Allgemeine Lehren. Berlin 1930. (zit.: v. Hippel Strafrecht II)
Lehrbuch des Strafrechts. Berlin 1932. (zit.: v. Hippel LB)
Der deutsche Strafprozess. Lehrbuch Marburg 1941. (zit.: v. Hippel, Strafprozess)
- Kleinknecht-Müller Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz von Theodor Kleinknecht und Hermann Müller, mitbegründet von Leonhard Reithberger mit Kostenanhang von Rolf Langmeier. 4. Aufl. Nürnberg - Düsseldorf - Berlin 1958
- Kohlrausch, Eduard Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen und Erläuterungen. In Verbindung mit Richard Lange. 35. Aufl. Berlin 1940

- Kohlrausch - Lange Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und Nebengesetzen. 42. Aufl., Neubearbeitet von Richard Lange. Berlin 1959 (zit.: Kohlrausch-Lange, 42)
43. Aufl. bearbeitet von Richard Lange, Berlin 1961 (zit.: Kohlrausch-Lange, 43)
- Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch (Leipziger Kommentar) Begründet von Ludwig Ebermayer, Adolf Lobe, Werner Rosenberg, fortgeführt von Johannes Nagler. 8. Aufl. Herausgegeben von Heinrich Jagusch, Edmund Mezger gemeinschaftlich mit August Schaefer und Wolfhart Werner.
1. Bd. Berlin 1957 (zit.: Leipz. Ktr. I 8)
2. Bd. Berlin 1958 (zit.: Leipz. Ktr. II 8)
- v. Liszt, Franz Lehrbuch des Deutschen Strafrechts.
3. Aufl. Berlin und Leipzig 1888 (zit.: v. Liszt LB 3)
8. Aufl. Berlin 1897 (zit.: v. Liszt LB 8)
16. und 17. Aufl. Berlin 1908 (zit.: v. Liszt LB 16/17)
21. und 22. Aufl. Berlin und Leipzig 1919 (zit.: v. Liszt LB 22)
- v. Liszt - Schmidt Lehrbuch des Deutschen Strafrechts von Franz v. Liszt. 25. Aufl., besorgt von Eberhard Schmidt. Berlin und Leipzig 1927. (zit.: v. Liszt-Schmidt, 25)
- Lehrbuch des Deutschen Strafrechts von Franz v. Liszt. 1. Bd. Einleitung und Allgemeiner Teil. 26. Aufl. von Eberhard Schmidt. Berlin und Leipzig 1932 (zit.: v. Liszt-Schmidt, 26)

Löwe - Rosenberg

Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz mit Nebengesetzen. Kommentar. 20. Aufl. herausgegeben von Emil Niethammer in Gemeinschaft mit Friedr. Wilh. Geier, Heinrich Jagusch, Max Kohlhaas, Karl Schäfer, Werner Sarstedt, Wilhelm Tillmann.

1. Bd. Die Strafprozeßordnung. Berlin 1958 (zit.: Löwe-Rosenberg)

2. Bd. Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze. Berlin 1956

Maurach, Reinhart

Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil. Ein Lehrbuch.

Karlsruhe 1954.

2. Aufl. Karlsruhe 1958 (zit.: Maurach I 2)

Deutsches Strafrecht. Besonderer Teil. Ein Lehrbuch.

2. Aufl. Karlsruhe 1956

3. Aufl. Karlsruhe 1959 (zit.: Maurach II 3)

Mayer, Hellmuth

Strafrecht. Allgemeiner Teil.

Stuttgart und Köln 1953 (zit.: H. Mayer)

Mezger, Edmund

Strafrecht. I. Allgemeiner Teil. Ein Studienbuch.

8. Aufl. München und Berlin 1958

9. Aufl. München und Berlin 1960 (zit.: Mezger, St.B. I 9)

Strafrecht. II. Besonderer Teil. Ein Studienbuch.

6. Aufl. München und Berlin 1958

7. Aufl. München und Berlin 1960 (zit.: Mezger, St.B. II 7)

Sauer, Wilhelm

Grundlagen des Prozessrechts.

Stuttgart 1919.

(zit.: Grundlagen des Prozessrechts)

Grundlagen des Strafrechts nebst Umriß einer Rechts- und Sozialphilosophie. Berlin und Leipzig 1921

Allgemeine Prozessrechtslehre. Zugleich eine systematische Schulung der zivilistischen und der kriminalistischen Praxis. Berlin - Detmold - Köln - München 1951 (zit.: Sauer, Allg. Prozessrechtslehre)

System des Strafrechts. Besonderer Teil. Köln - Berlin 1954

Allgemeine Strafrechtslehre. Eine lehrbuchmäßige Darstellung. 3., völlig neue Auflage der "Grundlagen des Strafrechts" Berlin 1955 (zit.: Sauer, Allg. Strafrechtslehre)

Schmidhäuser, Eberhard

Objektive Strafbarkeitsbedingungen.
ZStW 71, 545 ff. 1959

Schmidt, Eberhard

Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz.
Teil I: Die rechtstheoretischen und die rechtspolitischen Grundlagen des Strafverfahrensrechts. Göttingen 1952 (zit.: Eb. Schmidt, LK)

- Schönke - Schröder Strafgesetzbuch. Kommentar, begründet von Adolf Schönke, fortgeführt von Horst Schröder.
8. Aufl. München und Berlin 1957
9. Aufl. München und Berlin 1959 (zit.: Schönke - Schröder, 9)
10. Aufl. München und Berlin 1961 (zit.: Schönke - Schröder, 10)
- Schröder, Horst Die Irrtumsrechtsprechung des BGH. ZStW 65, 178 ff. 1953
- Schwarz, Otto Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen und Verordnungen. 22. Aufl. München und Berlin 1959.
- Schwarz - Dreher Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen und Verordnungen, begründet von Otto Schwarz, fortgeführt von Eduard Dreher. 23. Aufl. München und Berlin 1961 (zit.: Schwarz - Dreher, 23)
- Stratenwerth, Günter Objektive Strafbarkeitsbedingungen im Entwurf eines Strafgesetzbuches 1959. Korreferat, gehalten auf der Strafrechtslehrertagung in Erlangen 1959. ZStW 71, 565 ff. 1959
- Welzel, Hans Der Irrtum über die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung. JZ 1952, 19 ff.

Der Irrtum über die Zuständigkeit einer Behörde. JZ 1952, 133 ff.

Der Irrtum über die Amtspflicht. JZ 1952, 208 ff.

Anmerkung zum Urteil des BGH v. 28.10.1952 (JZ 1953, 117 ff.) JZ 1953, 119 ff.

Welzel, Hans

Die Regelung von Vorsatz und Irrtum
im Strafrecht als legislatorisches
Problem. III. Anhang: Die speziellen
Rechtswidrigkeitsmerkmale. ZStW 67,
224 ff. 1955

Das deutsche Strafrecht. Eine systema-
tische Darstellung.

5. Aufl. Berlin 1956 (zit.: Welzel, 5)

6. Aufl. Berlin 1958

7. Aufl. Berlin 1960 (zit.: Welzel, 7)

Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) E 1960 mit Begründung.
Bundesrat Drucksache 270/60 (zit.: E 1960 oder Entwurf 1960)

Materialien zum Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund
v. 8. Juni 1870. Bd. 1 - 5.

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angeführten Ort
Abs.	Absatz
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
AT	Allgemeiner Teil
Bay BG	Bayerisches Beamtengesetz (Bay BG). Vom 18. Juli 1960 (GVBl. S. 161, ber. S. 203)
BBG	Bundesbeamtengesetz (BBG) in der Fassung vom 18. September 1957
Bay Ob LG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
Bem.	Bemerkung
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch. Vom 18. August 1896 (RGBl 195)
BGH	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen oder Bundesgerichtshof
Diss.	Dissertation
ff.	folgende
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Vom 23. Mai 1949 (BGBl. 1)
Goldt A.	Goldtdammer's Archiv für Strafrecht
i.a.	im allgemeinen
i.V.m.	in Verbindung mit
JZ	Juristenzeitung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OLG	Oberlandesgericht
RG	Entscheidungen des Reichsgerichts in Straf- sachen
S.	Seite
StGB	Strafgesetzbuch. Vom 15. Mai 1871 (RGBl 127) in der Fassung der Bekanntmachung vom 25. August 1953 (BGBl I 1083, ber. 1954 I 33)

StPO	Strafprozeßordnung. Vom 1. Februar 1877 (RGBl 253) in der Fassung der Bekanntmachung vom 12. September 1950 (BGBl 629)
TB	Tatbestand
VA	Verwaltungsakt oder Verwaltungsakte
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung oder Verordnungen
Vorb.	Vorbemerkung
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO). Vom 21. Ja- nuar 1960 (BGBl. I S. 17)
zit.	zitiert
ZPO	Zivilprozeßordnung. Vom 30. Januar 1877 (RGBl 83) in der Fassung der Bekanntmachung vom 12. September 1950 (BGBl 533)
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechts- wissenschaft.

Die Bedeutung der weiter verwendeten Abkürzungen ergibt sich aus dem Literaturverzeichnis. Die auch dort nicht angeführten Abkürzungen sind allgemein üblich.

E i n l e i t u n g

In verschiedenen §§ des Zweiten Teils des StGB findet sich der Begriff der Zuständigkeit des Beamten oder der Behörde. Des öfteren ist dem genauen Wortlaut nach auch rechtmäßige Amtsausübung, Zuständigkeit der Obrigkeit, des Gerichts u.a. angeführt. Durch diese verschiedene Bezeichnung wird aber an der Sache nichts geändert, das Problem führt jeweils letzten Endes zur Frage der Zuständigkeit zurück.

Der Begriff der Zuständigkeit oder die oben angeführten ähnlichen Begriffe sind in zweierlei Hinsicht von möglicherweise ausschlaggebender Bedeutung für das Entstehen eines staatlichen Strafanspruches. Einmal erhebt sich die Frage nach der rechtlichen Zuordnung des Begriffes der Zuständigkeit (oder des entsprechenden Begriffs). Von der Beantwortung dieser Frage hängt dann ab, ob die Zuständigkeit vom Vorsatz des Täters umfaßt zu werden braucht oder nicht. Um sie beantworten zu können, wird es erforderlich sein, wenn auch nur in großen Zügen und, gleichsam den Rahmen aufzeigend, die Lehre vom Aufbau des Verbrechens mit ihren Zweifelsfragen zu behandeln.

Zum zweiten ist die Frage, ob die Zuständigkeit abstrakt oder konkret gegeben sein muß, ob lediglich allgemeine Zuständigkeit ausreicht oder ob die Zuständigkeit im Einzelfall erforderlich ist. Im Aufbau dieser Arbeit soll dabei das Hauptgewicht auf die Beantwortung der zweiten Frage gelegt werden, wenn auch auf die Beantwortung der ersten nicht verzichtet werden kann, denn hängt von der Art der Zuständigkeit, der Feststellung der Notwendigkeit der konkreten oder lediglich abstrakten Zuständigkeit der Bereich der tatsächlichen Strafgewalt des Staates mit ab, beeinflusst dies die tatsächliche Entstehung eines Strafanspruches, so ist die erste Frage von Bedeutung für die Unrechtsbezogenheit des Begriffes der Zuständigkeit und damit für den Vorsatz.

Im folgenden soll der Versuch unternommen werden, eine Antwort auf die beiden Fragen zu geben, zumal besonders das Problem abstrakte oder konkrete Zuständigkeit noch wenig behandelt worden ist. Gerade dieses Problem erscheint aber einer eingehenderen Untersuchung wert, denn für den Täter kann es von ausschlaggebender Bedeutung sein, ob die Zuständigkeit abstrakt oder konkret gegeben sein muß.

I. Teil

Bestimmung der rechtlichen Zuordnung des Begriffes der Zuständigkeit oder des ihr entsprechenden Begriffes und die Voraussetzungen dieser Zuordnung

1. Abschnitt: Die Lehre vom Aufbau des Verbrechens

1) Die allgemeinen Verbrechensmerkmale

Um eine Bestimmung des Standortes des Begriffes der Zuständigkeit zu ermöglichen und um zu der Vielzahl der hierzu vertretenen Meinungen Stellung nehmen zu können, soll zunächst, wenn auch dem Rahmen dieser Arbeit angepaßt, nur in großen Zügen und die Umrisse wiedergebend, die Lehre vom Aufbau des Verbrechens behandelt werden. Freilich muß dabei auf ein Eingehen auf Einzelheiten des Unterschiedes der vertretenen Ansichten verzichtet werden. Das kann aber umso leichter deswegen geschehen, als der Schwerpunkt dieser Arbeit ohnehin bei der Behandlung der Frage liegt, ob die Zuständigkeit eine abstrakte oder konkrete sein muß.

Bevor auf die Lehre vom Aufbau des Verbrechens eingegangen werden soll, ist zunächst festzustellen, ob der Begriff des Verbrechens in Wissenschaft und Praxis einheitlich verwendet wird. Um das Ergebnis, da es lediglich der allererste Ausgangspunkt für die Behandlung des Themas ist, bereits vorwegzunehmen, so kann gesagt werden, daß der Begriff des "Verbrechens" im großen und ganzen einheitlich verwendet wird.

Bevor nun auf den im folgenden verwendeten Begriff des Verbrechens eingegangen wird, sei vorangestellt, daß dieser Begriff sich wesentlich unterscheidet von dem Begriff des Verbrechens, wie ihn § 1 Abs. 1 StGB definiert. Zwar wird auch dieser Begriff des Ver-

brechens von dem oben erwähnten umfaßt. Er wird aber eben umfaßt, d.h. er ist enger als der bei der Lehre vom Aufbau des "Verbrechens" verwendete. Der im folgenden gebrauchte Verbrechensbegriff ist der alte und volkstümliche.

In der Lehre werden gegenüber diesem volkstümlichen Verbrechensbegriff, der, ohne daß hier bereits eine abschließende Definition zu geben ist, jedenfalls alle strafbaren Handlungen, nicht nur die Verbrechen im Sinne des § 1 Abs. 1 StGB umfaßt, Bedenken angemeldet ¹⁾. Mezger, der statt "Verbrechen" den Begriff "Straftat" verwendet ²⁾, kann aber nicht zugestimmt werden, wenn er die von ihm angeführten Gründe, die an sich zutreffend sind, für schwerwiegend genug erachtet, um von dem alten und im allgemeinen Rechtsdenken verwurzelten Begriff abzugehen. Eine im übrigen gar nicht so häufig gegebene Verwechslungsgefahr, der auch durch den Zusatz im engeren und weiteren Sinn begegnet werden kann, muß gegenüber der Lebensnähe des Begriffs "Verbrechen" (im weiteren Sinn) zurücktreten und unbeachtet bleiben.

Soweit im folgenden der Begriff "Verbrechen" verwandt wird, soll der Zusatz "im weiteren Sinn" als stillschweigend hinzugesetzt gelten, wenn nicht ausdrücklich, um auf § 1 Abs. 1 StGB einzugehen, etwas anderes bestimmt wird.

Der Begriff "Verbrechen" wird in einer über den Rahmen des § 1 Abs. 1 StGB hinausgehenden Bedeutung in Lehre und Rechtsprechung in weitem Umfang verwandt, was im übrigen auch als Beweis seiner

1) So bezeichnet Mezger das Gesamtgebiet strafbarer Handlungen nicht mit dem Begriff "Verbrechen", sondern wählt den Begriff "Straftat". Er begründet diese Ablehnung des, wie er selbst zugibt, lebensnäheren und anschaulicheren alten Begriffes, mit der Notwendigkeit, zwischen Verbrechen im weiteren Sinn und im engeren, im Sinne des § 1 Abs. 1 StGB, unterscheiden zu müssen, falls man den Begriff "Verbrechen" überhaupt über den Rahmen des § 1 Abs. 1 StGB verwende. Eine solche Unterscheidung sei aber schleppend und könne zu Verwechslungen Anlaß geben. Vgl. Mezger, St. B. I 9, S. 41.

2) vgl. Mezger, a.a.O.

Lebensnähe und Anschaulichkeit dienen mag. Dohna ³⁾ verwendet einen Begriff des "Verbrechens", der dem volkstümlichen entspricht, er versteht darunter alle Arten strafbarer Handlungen.

Weitere Formulierungen, die, wenn auch untereinander verschieden, doch an der Trennung von Verbrechen im weiteren und im engeren Sinne des § 1 Abs. 1 StGB festhalten und unter Verbrechen das Verbrechen im weiteren Sinn verstehen, finden sich bei Eberhard Schmidt ⁴⁾, von Hippel ⁵⁾, Engisch ⁶⁾, Maurach ⁷⁾, Welzel ⁸⁾, Schröder ⁹⁾ und Lange ¹⁰⁾. Auch in der Rechtsprechung wurde der Begriff des Verbrechens verwendet ¹¹⁾.

Als Verbrechen ist im folgenden, in weitgehender Übereinstimmung mit den angeführten Meinungen, die Handlung zu verstehen, die den staatlichen Strafanspruch auslöst und begründet.

Nachdem der Begriff des Verbrechens eingegrenzt ist, soll im folgenden untersucht werden, aus welchen Bestandteilen sich das "Verbrechen" zusammensetzt. Dabei sollen zunächst jene Bestandteile oder Merkmale behandelt werden, die allen Verbrechen gemeinsam sind, die allgemeinen Verbrechensmerkmale. Da in der Lehre hierüber bereits im wesentlichen gleiche Ansichten bestehen, kann darauf verzichtet werden, Einzelheiten zu bringen. Das Aufzeigen der großen Umrisse erscheint ausreichend. Insbesondere

3) vgl. Dohna, Aufbau, Vorb.; Dohna unterscheidet dabei einen Verstoß in formaler Hinsicht, gegen ein mit Strafsanktion ausgestattetes Verbot oder Gebot der Rechtsordnung und in sozialer Hinsicht die Verletzung oder Gefährdung eines durch diesen Rechtsschutz zu einem Rechtsgut erhobenen Interesses der Gemeinschaft oder eines ihrer Glieder. Dohna verwendet eine der Unterscheidung Verbrechen im weiteren und engeren Sinn entsprechende Trennung von Verbrechen im nicht technischen Sinn von dem des § 1 Abs. 1 StGB.

4) vgl. v.Liszt-Schmidt, 25, S. 146.

5) vgl. v.Hippel, LB, S. 83.

6) vgl. Engisch, Mon Krim Biol 1938, 141; 144; 146.

7) vgl. Maurach, I 2, S. 107.

8) vgl. Welzel, 7, S. 15.

9) vgl. Schönke-Schröder, 9, Vorb. zum AT, I.

10) vgl. Kohlrausch-Lange, 42, system. Vorb. zum AT, I.

11) vgl. RG 61, 247; 66, 398; 73, 67; BGH 1, 132.

kann darauf verzichtet werden, auf das Wesen der jeweiligen allgemeinen Verbrechensmerkmale einzugehen.

Jedes Verbrechen läßt sich in Merkmale zerlegen, von denen eine Gruppe gleichmäßig bei allen Verbrechen, dagegen der Rest nur bei dem betreffenden einzelnen Verbrechen zu finden ist.

Es wird demnach zwischen allgemeinen Verbrechensmerkmalen und dem engeren oder besonderen Tatbestand unterschieden ¹²⁾, wobei zunächst unberücksichtigt bleiben soll, ob der Begriff des Verbrechens außer den allgemeinen Verbrechensmerkmalen und dem besonderen Tatbestand noch weitere Merkmale enthält, wie die später noch zu behandelnden objektiven Bedingungen der Strafbarkeit und die Prozeßvoraussetzungen.

Im allgemeinen wird das Verbrechen, seinen allgemeinen Merkmalen nach, als tatbestandsmäßige, rechtswidrige und schuldhaft Handlung verstanden ¹³⁾. Von dieser Definition weichen allerdings die von H. Mayer ¹⁴⁾, Eberhard Schmidt ¹⁵⁾, von Hippel ¹⁶⁾, Mezger ¹⁷⁾ und Maurach ¹⁸⁾ gebrachten Definitionen ab. Im folgenden soll der Definition Maurachs gefolgt werden, da diese als die umfassendste bezeichnet werden kann. Es wird daher mit Maurach das Verbrechen als tatbestandsmäßige, rechtswidrige und zurechenbare Handlung bezeichnet.

-
- 12) So unterscheidet Welzel in Welzel 7, S. 52 in TB im weiteren Sinn und TB im engeren Sinn, wobei er TB im weiteren Sinn gleichstellt mit der Gesamtheit der Strafbarkeitsvoraussetzungen. Mezger unterscheidet in Handlungs TB und Unrechts TB oder TB im engeren Sinn; vgl. Mezger, St. B. I 9, S. 96; vgl. auch Schönke-Schröder, 9, Vorb. zum AT I 1; Dohna, Aufbau, S. 11; v. Hippel, LB, S. 84; v. Liszt-Schmidt, 25, S. 146.
- 13) vgl. Dohna, Aufbau, S. 12; Welzel, 7, S. 45.
- 14) vgl. H. Mayer, S. 41.
- 15) vgl. v. Liszt-Schmidt, 25, S. 146.
- 16) vgl. v. Hippel, LB, S. 84.
- 17) vgl. Mezger, St. B. I 9, S. 43.
- 18) vgl. Maurach, I 2, S. 108, 109.

2) Der besondere Tatbestand

Der Begriff des Tatbestandes, sein Wesen und sein Inhalt wurden ausführlich erstmals von Beling¹⁹⁾ behandelt. Es soll daher zunächst, wenn auch nur in dem Umfang, der für die Bestimmung des Wesens der Zuständigkeit erforderlich ist, auf die Ausführungen Belings zur Lehre vom Tatbestand eingegangen werden. Die Unterscheidung objektiver-subjektiver Tatbestand sowie die Unterscheidung und Abgrenzung von Tatbestand und Rechtswidrigkeit bleiben daher außer Betracht.

Beling²⁰⁾ scheidet zunächst den abstrakten Begriff des Tatbestandes, der für jedes Verbrechen derselbe ist, von der konkreten Verwirklichung der Tatbestandsmerkmale und von den einzelnen Tatbeständen des Strafgesetzbuches. Er gewinnt durch Abstraktion dieser einzelnen Tatbestände den reinen Begriff des Tatbestandes. Nach Beling besteht der Tatbestandsbegriff aus den Tatbestandsmerkmalen, wobei er deren Verwirklichung trennt vom Begriff des Tatbestandes. Eberhard Schmidt²¹⁾ schließt sich im wesentlichen den Ausführungen Belings an, dagegen bringen andere Autoren eine Vielzahl von verschiedenen Definitionen zum Begriff des besonderen Tatbestandes. Welzel²²⁾ verwendet den Begriff "Verbotsmaterie", um den besonderen Tatbestand zu kennzeichnen, Sauer²³⁾ nennt ihn "vertyppte Rechtswidrigkeit", Mezger²⁴⁾ prägt den Begriff "typisiertes Unrecht". Eine weitere Definition bringt Gallas²⁵⁾, Maurach²⁶⁾ verwendet einen "komplexen" Tatbestandsbegriff.

19) vgl. Beling, Verbrechen, S. 110 ff.

20) Beling, a.a.O.

21) v. Liszt-Schmidt, 25, S. 167, Fußnote 1, schließt sich der von Beling getroffenen Begriffsbestimmung und seinen sonstigen Ausführungen zum besonderen Tatbestand ausdrücklich an, wobei er jedoch betont, den Ausführungen Belings, der besondere Tatbestand sei an sich wertfrei, könne nicht gefolgt werden.

22) vgl. Welzel, 7, S. 46.

23) vgl. Sauer, Allg. Strafrechtslehre, S. 63 ff.

24) vgl. Mezger, St. B. I 9, S. 97.

25) vgl. Gallas, ZStW 67, 17.

26) vgl. Maurach, I 2, S. 182.

Zusammenfassend kann trotz verschiedener Begriffsbestimmungen in der Lehre eine gewisse Übereinstimmung über den Begriff des besonderen Tatbestandes festgestellt werden. Diese Übereinstimmung liegt in der Notwendigkeit begründet, von dem besonderen Tatbestand als einer vom Gesetzgeber anerkannten Figur ausgehen zu müssen. Diese besonderen Tatbestände (die einzelnen Tatbestände des StGB) sind der erste Ansatzpunkt für eine Untersuchung des Wesens eines allgemeinen Begriffs des besonderen Tatbestandes. Da nun die einzelnen Tatbestände des StGB aus einer Vielzahl von Lebensvorgängen jene auswählen und beschreiben (dies auf abschließende oder noch ausfüllungsbedürftige Weise), die der Staat unter Strafe stellen will, wird mit einer gewissen, wenn auch nicht ausdrücklich feststellbaren Übereinstimmung in der Lehre als besonderer Tatbestand "aller" Verbrechen aus der Vielzahl der einzelnen besonderen Tatbestände ein allgemeiner Tatbestandsbegriff abstrahiert, der aus der Vielzahl der Lebensvorgänge allgemein diejenigen herausgreift, die überhaupt strafbedroht sein sollen oder wie Welzel sagt ²⁷⁾, die "Verbotsmaterie" bilden. Übereinstimmung besteht weiterhin darüber, daß der abstrahierte Begriff des besonderen Tatbestandes zu trennen ist von den einzelnen Tatbestandsmerkmalen. Verschiedenheit der Ansichten besteht dagegen insbesondere über das Verhältnis von Tatbestand und Norm, Tatbestand und Schuld, Tatbestand und Rechtswidrigkeit und darüber, ob und wie weit subjektive Merkmale dem Tatbestand zuzurechnen sind.

3) Die Prozeßvoraussetzungen

Neben Tatbestand, Rechtswidrigkeit und Zurechenbarkeit treten, um die Handlung zu einer strafbaren und verfolgbaren zu machen,

27) vgl. Welzel, 7, S. 46.

die noch zu behandelnden objektiven Bedingungen der Strafbarkeit und die Prozeßvoraussetzungen. Im allgemeinen enthält ein Strafgesetz, das den besonderen Tatbestand, die "Verbotsmaterie" ²⁸⁾ schafft, keine solchen besonderen Voraussetzungen, von denen nicht das Entstehen des staatlichen Strafanspruchs, aber die Durchsetzung dieses Anspruchs, die Strafverfolgung abhängt. Voraussetzung für eine Strafverfolgung sind dann nur jene Bedingungen, die das Prozeßrecht aufstellt. Diese, im Prozeßrecht enthaltenen Prozeßvoraussetzungen können jedoch hier unberücksichtigt bleiben, da diese Untersuchung lediglich dazu dienen soll, eine Bestimmung der Merkmale des Verbrechens und im folgenden eine Bestimmung des Wesens der Zuständigkeit des Beamten und der Behörde herbeizuführen. Prozeßvoraussetzungen sind keine Bestandteile des Verbrechensbegriffs. Dieser Satz gilt uneingeschränkt, selbst wenn einige wenige Strafgesetze Voraussetzungen enthalten, die als Prozeßvoraussetzungen angesehen werden können. Um dies zu begründen, muß festgehalten werden, daß die Prozeßvoraussetzungen einen formell-rechtlichen Charakter aufweisen ²⁹⁾. Sie gehören dem formellen Recht an. Dabei ist das formelle Recht als das Recht anzusehen, das die Verwirklichung des Strafanspruches des Staates regelt, während das materielle Recht die Bestimmungen trifft, wann und unter welchen Voraussetzungen der Strafanspruch entsteht ³⁰⁾.

Es ist nun praktisch zwar durchführbar, diejenigen Prozeßvoraussetzungen, denen eine Bedeutung für alle oder zumindest eine große Anzahl von Verbrechenstypen zuzuschreiben ist, im Prozeßrecht zu kodifizieren. Nicht angezeigt erscheint dieser Weg jedoch in den Fällen, in denen die Prozeßvoraussetzung lediglich für einen einzelnen Verbrechenstyp gilt. Da die Prozeßvoraussetzung dem Gesetzgeber erforderlich erscheint, bleibt als einziger Weg, sie in das betreffende materielle Strafgesetz aufzunehmen, sie an den besonderen Tatbestand anzufügen. Daraus darf aber

28) vgl. Welzel, 7, S. 46.

29) vgl. Bemmman, Bedingungen, S. 25.

30) vgl. Bemmman, a.a.O., S. 26.

nicht geschlossen werden, das ursprünglich formellrechtliche Merkmal habe durch das Einfügen in die materiellrechtliche Vorschrift seinen formellrechtlichen Charakter verloren. Auch wo die Prozeßvoraussetzung in den Tatbestand eingebaut ist, bleibt sie lediglich prozessuales Merkmal und ist damit dem Verbrechensbegriff nicht mehr zuzuzählen. Daß die Prozeßvoraussetzungen gleichwohl an dieser Stelle behandelt werden, hat seinen Grund darin, daß dies zur Abgrenzung der Prozeßvoraussetzung von den objektiven Bedingungen der Strafbarkeit und damit zur Bestimmung der rechtlichen Zuordnung des Begriffes der Zuständigkeit erforderlich ist.

Die Prozeßvoraussetzungen wurden, bevor sie in die Strafrechtslehre Eingang fanden, in der Zivilprozeßrechtslehre behandelt. Bülow ³¹⁾, der als erster den Begriff "Prozeßvoraussetzung" vorschlug, gibt eine umfangreiche Definition dieser "constitutiven Elemente". Bülow läßt es bei Fehlen einer Prozeßvoraussetzung nicht zu einem Prozeß kommen, da nach seiner Ansicht die Prozeßvoraussetzungen im wörtlichen Sinn Voraussetzungen eines Verfahrens überhaupt sind. Zutreffend lehnt Hellwig ³²⁾ diese Ansicht Bülows ab, denn es ist in vielen Fällen so, daß das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein der Prozeßvoraussetzungen gerade während des Prozesses Gegenstand der Verhandlung ist. Es ist nicht so, daß bei Fehlen einer Prozeßvoraussetzung der Prozeß nicht beginnen könne. Bülow verlegt die Prüfung des Vorhandenseins der Prozeßvoraussetzung vor den Prozeß. Dem kann aber aus dem angeführten Grund nicht gefolgt werden.

Rosenberg ³³⁾ faßt die Prozeßvoraussetzungen als Voraussetzungen der Zulässigkeit für den ganzen Prozeß auf und bejaht die Frage, ob es möglich ist, die Prüfung, ob die Prozeßvoraussetzungen gegeben sind, im Prozeß vorzunehmen. Er führt dabei an, daß die Prozeßvoraussetzungen Voraussetzungen eines Verfahrens sind, das auf die sachliche Entscheidung zielt. Dieser Ansicht ist zuzustimmen.

31) Bülow, S. 6.

32) Hellwig, S. 251.

33) Rosenberg, S. 408.

Wie auf dem Gebiet der Zivilprozeßrechtslehre, auf dem sie zunächst zur Geltung kamen, erlangten die Prozeßvoraussetzungen auch in der Strafprozeßrechtslehre große Bedeutung und Beachtung.

Im wesentlichen ist Übereinstimmung über das Wesen der Prozeßvoraussetzungen festzustellen, wenn auch naturgemäß die einzelnen Definitionen voneinander abweichen. So bringen v. Hippel ³⁴⁾, Sauer ³⁵⁾, Eberhard Schmidt ³⁶⁾, Bemann ³⁷⁾ und Niethammer ³⁸⁾ Begriffsbestimmungen. Maßgeblich ist für die Bestimmung des Wesens der Prozeßvoraussetzungen, daß sie nicht den Prozeß als solchen, sondern den Prozeß, soweit er auf eine sachliche Entscheidung hinzielt, verhindern.

Als Prozeßvoraussetzungen sollen im folgenden jene Umstände bezeichnet werden, die, ohne an der Entstehung des Strafanspruchs des Staates beteiligt zu sein, lediglich die Frage beantworten, ob eine bindende und endgültige (soweit der Prozeß als endgültig abgeschlossen angesehen wird) Feststellung im Wege des Sachurteils als Abschluß eines Prozesses erfolgen darf, ob ein Strafanspruch des Staates entstanden ist und wenn ja, auf welche Weise er verwirklicht wird.

4) Die objektiven Bedingungen der Strafbarkeit

Die Existenz der objektiven Strafbarkeitsbedingungen ist heute, wenn auch mit Ausnahmen ³⁹⁾, anerkannt. Auch über das Wesen der objektiven Strafbarkeitsbedingungen besteht gewisse Einigkeit, so insbesondere die, daß sie von den Prozeßvoraussetzungen und vom besonderen Tatbestand zu trennen sind.

34) v. Hippel, Strafprozess S. 9, S. 471.

35) Sauer, Grundlagen des Prozessrechts, S. 151; vgl. auch Sauer, Allg. Prozessrechtslehre, S. 201.

36) Eb. Schmidt, LK, S. 68.

37) Bemann, Bedingungen, S. 24.

38) Löwe-Rosenberg, Einleitg. § 11 A, S. 37.

39) vgl. Bemann, Bedingungen, S. 56.

Binding ⁴⁰⁾ verwendet zwar noch nicht den Begriff der objektiven Bedingung der Strafbarkeit, erkennt jedoch bereits an, daß "... es neben dem Verbrechen noch anderer Voraussetzungen bedarf". Eine ähnliche Feststellung trifft Francke ⁴¹⁾. Finger ⁴²⁾ spricht von "äußeren Bedingungen". Dabei entspricht die "äußere Bedingung" ihrem Inhalt nach der heutigen objektiven Strafbarkeitsbedingung. v.Liszt ⁴³⁾ bringt bereits den heutigen Begriff der objektiven Bedingung der Strafbarkeit. Frank ⁴⁴⁾, Beling ⁴⁵⁾, v.Hippel ⁴⁶⁾ und Rittler ⁴⁷⁾ behandeln ebenfalls, wenn auch nicht immer der Begriff "objektive Strafbarkeitsbedingung" verwendet wird, dem Inhalt nach diese Bedingungen. Weitere Ausführungen bringen Eberhard Schmidt ⁴⁸⁾, Engisch ⁴⁹⁾, Maurach ⁵⁰⁾, Lange ⁵¹⁾, Schröder ⁵²⁾ und Welzel ⁵³⁾, wobei dem Inhalt nach die Existenz der objektiven Strafbarkeitsbedingungen anerkannt wird, wenn dieser Begriff auch nicht immer verwendet wird.

Bemmann ⁵⁴⁾ dagegen bestreitet überhaupt die Existenz von objektiven Strafbarkeitsbedingungen. Nach seiner Ansicht sind jene Umstände entweder Tatbestandsmerkmale oder Prozeßvoraussetzungen. Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden, denn es ist nicht so, daß, wie Bemmann sagt ⁵⁵⁾, der Raum der Verbrechenmerkmale und jener der Prozeßvoraussetzungen unmittelbar aneinandergrenzen. Zwischen dem materiellrechtlichen und formellrechtlichen Raum stehen die objektiven Bedingungen der Strafbarkeit, und zwar

40) Binding, Handbuch, S. 499, 588; vgl. auch Binding, Normen, Bd. I, S. 232.

41) vgl. Francke, Goldt A. 20, 34.

42) vgl. Finger, Goldt A. 50, 45 und 43.

43) vgl. v. Liszt, LB 3, S. 180; vgl. auch v.Liszt, LB 8, S. 190, LB 16/17, S. 191, LB 22, S. 183.

44) Frank, 8/10, Vorb. VI vor § 51; vgl. auch Frank, 18, Bem. VI vor § 51.

45) Beling, Verbrechen, S. 56.

46) v.Hippel, Strafrecht II, S. 379; vgl. auch LB, S. 148.

47) Rittler, Festgabe für Frank II, S. 2, 3.

48) v. Liszt-Schmidt, 26, S. 293, 294.

49) Engisch, Untersuchungen, S. 13 und 80.

50) Maurach, I 2, S. 202, 215; II 3, S. 5.

51) Kohlrausch-Lange, 42, Vorb. VI, S. 25.

52) Schönke-Schröder, 9, Vorb. § 51 IX.

53) Welzel, 7, S. 53.

54) Bemmann, Bedingungen, S. 52 bis 56.

55) vgl. Bemmann, a.a.O., S. 54.

in der Mitte zwischen Tatbestand und Prozeßvoraussetzungen. Zwar entsteht im allgemeinen die staatliche Strafberechtigung mit dem Begehen einer tatbestandsmäßigen, rechtswidrigen und zurechenbaren Handlung. Dieser Satz gilt aber nicht ausnahmslos. Ausnahmen werden durch die objektiven Strafbarkeitsbedingungen gesetzt.

Es kann Bemmänn nicht gefolgt werden, wenn er ausführt ⁵⁶⁾, daß als objektive Strafbarkeitsbedingungen "... nur solche Umstände in Betracht kommen, die für das Unrecht der Tat ohne jede Bedeutung sind".

Auszugehen ist bei der Bestimmung des Wesens der objektiven Bedingung der Strafbarkeit von einer Feststellung Engischs ⁵⁷⁾. Er verwendet den Begriff "Unrechtstatbestand" und rechnet dazu auch die objektiven Strafbarkeitsbedingungen. Damit ist ausgedrückt, daß die objektiven Strafbarkeitsbedingungen unrechtsbezogen sind. Dem ist voll zuzustimmen. Zum Unterschied vom Tatbestand, der als solcher das Unrecht begründet, haben aber die objektiven Strafbarkeitsbedingungen nur mehr eine lose Beziehung zum Unrecht. Sie enthalten, wenn man so sagen will, weniger "Verbotsmaterie" ⁵⁸⁾ als der Tatbestand. Eine tatbestandsmäßige, zurechenbare Handlung enthält, soweit von der Rechtswidrigkeit und dem in ihr enthaltenen umfassenden Unwerturteil abgesehen wird, bereits einen gewissen Unrechtsgehalt, der in der Regel ausreicht, um die Tat zu einer rechtswidrigen zu machen. Fehlt jedoch eine erforderliche Strafbarkeitsbedingung, so ist das Unrecht der Tat geringer, als wenn die Bedingung erfüllt wäre. Die Strafbarkeitsbedingung erhöht das schon vorhandene Unrecht der Tat noch um ein Geringes. Die Beziehung zum Unrecht ist eine nur entfernte, wie sich daraus zeigt, daß die Strafbarkeitsbedingungen den Unwertsgehalt der Tat nur schwach beeinflussen können. Dies rechtfertigt die Feststellung, daß diese Bedingungen außerhalb des an sich das Unrecht der Tat be-

56) Bemmänn, a.a.O., S. 19.

57) Engisch, Festschrift für Edmund Mezger, S. 132.

58) vgl. Welzel, 7, S. 46.

gründenden Tatbestandes liegen müssen und damit von der Zurechenbarkeit, der Schuld gelöst werden. Dagegen kann nicht angenommen werden, daß zwischen Strafbarkeitsbedingung und Unrecht überhaupt keine Beziehung vorläge. Nur wenn überhaupt keine Beziehung zwischen Strafbarkeitsbedingung und Unrecht bestände - was nicht der Fall ist - wäre die Ansicht begründet, es gäbe keine objektiven Strafbarkeitsbedingungen.

Zwischen Tatbestand und Strafbarkeitsbedingung besteht der Unterschied, daß der Tatbestand das Unrecht der Tat feststellt, während die objektive Strafbarkeitsbedingung zwar auch das Unrecht mitbegründet, diese Wirkung aber eine schwächere ist, da die Unrechtsbezogenheit lediglich eine lose ist. Die objektive Strafbarkeitsbedingung ist daher nicht schuldbezogen. Die objektive Strafbarkeitsbedingung unterscheidet sich von der Prozeßvoraussetzung dadurch, daß sie im Gegensatz zur Prozeßvoraussetzung noch eine Beziehung zum Unrecht der Tat hat, daher das Unrecht in gewissem Umfang mitbegründet, während die Prozeßvoraussetzung keine irgendwie geartete Beziehung zum Unrecht der Tat mehr aufweist.

Das Vorliegen der Prozeßvoraussetzungen kann daher auf die Entstehung des Strafanspruches keinen Einfluß nehmen. Dagegen entsteht ein staatlicher Strafanspruch erst bei Vorliegen der Bedingung, soweit eine tatbestandsmäßige, rechtswidrige und zurechenbare Handlung noch einer solchen Bedingung bedarf.

Objektive Bedingungen der Strafbarkeit sind daher erforderlich. Ohne sie würde zwischen Tatbestand und Prozeßvoraussetzungen ein leerer Raum bestehen. Würde man auf die objektiven Bedingungen der Strafbarkeit verzichten, so könnten jene besonderen Umstände, die zwar unrechtsbezogen sind, bei denen die Beziehung jedoch zu entfernt ist, als daß eine Schuldbezogenheit angenommen werden könnte, nicht die ihnen zukommende Stellung im Verbrechensaufbau erhalten.

5) Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe

Was bisher über die objektiven Strafbarkeitsbedingungen gesagt wurde, muß auch für die persönlichen Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe gelten, denn diese Ausschließungs- und Aufhebungsgründe sind nichts anderes als objektive Strafbarkeitsbedingungen. Daß sie "persönliche" Gründe sind, hindert nicht ihre Bezeichnung als objektive Strafbarkeitsbedingungen, wenn man das "Objektive" der Strafbarkeitsbedingung darin sieht, daß sie nicht schuldbezogen sind, zum Subjektiven der Tat keine Beziehung haben. Es ist daher möglich, die "persönlichen" Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe als "objektiv" zu bezeichnen.

Eine innere Wesensverschiedenheit von Strafausschließungsgrund und objektiver Strafbarkeitsbedingung besteht nicht. Dies stellt auch Beling fest ⁵⁹⁾, wenn er eine Verschmelzung beider Lehren fordert. Die objektive Strafbarkeitsbedingung gibt eine positive Aussage. Sie besagt, daß ein staatlicher Strafanspruch entsteht, wenn ein gewisses Merkmal gegeben ist (das außerhalb der tatbestandsmäßigen, rechtswidrigen und zurechenbaren Handlung liegt). Der Strafausschließungsgrund besagt umgekehrt, daß ein staatlicher Strafanspruch nicht entsteht, wenn ein gewisses Merkmal (das außerhalb der allgemeinen Verbrechensmerkmale liegt) vorhanden ist. Die Strafausschließungsgründe machen eine negative Aussage.

Die positive Aussage der objektiven Strafbarkeitsbedingungen und die negative der Strafausschließungsgründe sind jedoch ihrem Wesen nach das gleiche, sie haben den Inhalt, daß ein staatlicher Strafanspruch unter gewissen, ihrem Wesen nach gleichen "Bedingungen" entsteht oder nicht entsteht. Strafausschließungsgründe, die von den objektiven Strafbarkeitsbedingungen ihrem Wesen nach verschieden wären, gibt es nicht. Strafausschließungsgründe sind lediglich Strafbarkeitsbedingungen mit negativer Aussage ⁶⁰⁾.

59) vgl. Beling, Verbrechen, S. 55.

60) vgl. Beling, Verbrechen, S. 55.

Was für die Strafausschließungsgründe gilt, gilt auch für die Strafaufhebungsgründe, die zum Unterschied zu den Strafausschließungsgründen, die zur Tatzeit gegeben sein müssen, erst nach der Tat vorliegen dürfen. Die Strafausschließungsgründe lassen einen Strafanspruch nicht entstehen, die Strafaufhebungsgründe heben einen bereits entstandenen Strafanspruch wieder auf. Außer diesem Unterschied besteht jedoch kein weiterer. Es handelt sich sowohl bei den Ausschließungs- wie den Aufhebungsgründen um außerhalb der allgemeinen Verbrechensmerkmale liegende Umstände. Die lediglich zeitliche Verschiebung vermag keinen sachlichen Unterschied zu begründen. Daher können auch die Strafaufhebungsgründe als objektive Strafbarkeitsbedingungen bezeichnet werden. Dies erscheint auch wünschenswert, da auf diese Weise jene Umstände zusammengefaßt werden können, die nicht unmittelbar schuldbezogen sind, die jedoch zuweilen noch eine Beziehung zum Unrechtsgehalt der Tat besitzen. Sowohl für die Strafausschließungs- wie die Strafaufhebungsgründe gilt das bei den objektiven Strafbarkeitsbedingungen Gesagte ⁶¹⁾. Sie tragen, wenn auch in geringem Umfang, oft zum Unrechtsgehalt der Tat bei. (Als Beispiel sei der Rücktritt vom Versuch angeführt)

Ist es bei den objektiven Strafbarkeitsbedingungen (im engeren Sinn) so, daß dieser zusätzliche Unrechtsgehalt vorhanden sein muß, um die Tat zu einer strafbaren zu machen, so gilt für die Strafausschließungs- und Aufhebungsgründe, daß gewisse Umstände das an sich vorhandene Unrecht um ein Geringes mindern (entweder zur Tatzeit oder nachträglich), wodurch ein an sich zu erwartender Strafanspruch nicht entstehen kann oder nachträglich wieder aufgehoben wird. Die Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe unterscheiden sich daher wie die Strafbarkeitsbedingungen (im engeren Sinn) von den Prozeßvoraussetzungen dadurch, daß sie "noch" unrechtsbezogen sind, während die Prozeßvoraussetzungen völlig unrechtsfremd sind. Die objektive Bedingung der Strafbarkeit (im engeren Sinn), die Strafausschließungs- und die Strafaufhebungsgründe sind daher ihrem Wesen nach gleich.

61) vgl. S. 11 ff.

Um eine Vielzahl von Begriffen zu vermeiden und um die Lehre vom Aufbau des Verbrechens möglichst durchsichtig zu gestalten, wird vorgeschlagen, für diese Umstände einheitlich den Begriff der objektiven Bedingung der Strafbarkeit zu verwenden, der dann den Raum zwischen dem unrechtsbezogenen Tatbestand und den nicht unrechtsbezogenen, formellrechtlichen Prozeßvoraussetzungen ausfüllt. Daß hier ein ausfüllungsbedürftiger Raum besteht, wurde bereits nachgewiesen, desgleichen, daß dieser Raum lediglich durch diese in einem geringen Maß unrechtsbezogenen Umstände auszufüllen ist ⁶²⁾.

6) Die Rechtspflichtmerkmale

Nach Welzel ⁶³⁾ ist "ein reines Rechtspflichtmerkmal" ein Umstand, der nicht ein Element der Tatbestandsverwirklichung des Täters, sondern ein Bestandteil der Rechtswidrigkeit in dem Sinne ist, daß das "Rechtspflichtmerkmal" vorliegen muß, um die Rechtswidrigkeit der Tat zu begründen. Ein Irrtum über das "Rechtspflichtmerkmal" ist daher nach den Grundsätzen des Verbotsirrtums zu behandeln. Als Beispiel führt Welzel ⁶⁴⁾ unter anderem die Zuständigkeit bei den Eidesdelikten und die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung an. Er begründet dies ⁶⁵⁾ damit, daß zwar im allgemeinen die Verbotsmaterie im Tatbestand enthalten sei, dies jedoch nicht immer völlig zutreffe. Eine Ausnahme

62) vgl. S. 11 ff; S. 14.
vgl. auch Stratenwerth ZStW 71, 574; Schmidhäuser ZStW 71, 547 ff, die die Frage der objektiven Strafbarkeitsbedingungen behandeln und auf andere Weise zur Bejahung der notwendigen Existenz der objektiven Strafbarkeitsbedingungen kommen. Da zwischen objektiven Strafbarkeitsbedingungen (im engeren Sinn), Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründen kein Wesensunterschied besteht, kann das Ergebnis der Untersuchungen Schmidhäusers und Stratenwerths auch bei der Beantwortung der Frage nach der Existenz der Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe Geltung beanspruchen.

63) Welzel, JZ 1952, 133 ff, insbesondere 135; vgl. auch Welzel, JZ 1952, 19 ff.

64) vgl. Welzel, 5, S. 68.

65) vgl. Welzel, a.a.O., S. 67, 68.

machten insbesondere jene Tatbestände, die eine besondere Bestimmung enthalten, wann die Tatbestandsverwirklichung rechtswidrig ist, so § 240 StGB. Eine weitere Ausnahme, für die das gleiche gelte, machten jene Umstände, die die "Rechtspflicht"⁶⁶⁾ begründeten. Dazu zählt Welzel auch die Rechtmäßigkeit der Amtshandlung und das Merkmal der Zuständigkeit. Er spaltet die Verbotsmaterie in den im Tatbestand und in den im "Rechtspflichtmerkmal" enthaltenen Teil.

Welzel gab später den Begriff der "reinen Rechtspflichtmerkmale"⁶⁷⁾ zugunsten eines anderen Begriffs auf und spricht von "besonderen Rechtswidrigkeitsmomenten"⁶⁸⁾, auch von "speziellen Rechtswidrigkeitsmerkmalen"⁶⁹⁾. Eine inhaltliche Änderung ist jedoch nicht erfolgt. In jedem Fall sollen diese Begriffe das gleiche beinhalten, einen Umstand, der ein Element der Rechtswidrigkeit ist, der die Verbotsmaterie umfaßt, der, da er die Verbotsmaterie mit beschreibt, unrechtsbezogen ist und, da er ein Element der Rechtswidrigkeit ist, schuldbezogen sein muß⁷⁰⁾.

Einer solchen Aufteilung müssen jedoch Bedenken entgegengesetzt werden. Zunächst ist es, wie Schröder dargelegt hat⁷¹⁾, nicht möglich, eine scharfe Trennung zwischen den Tatbestandsmerkmalen und den sogenannten "Rechtspflichtmerkmalen" herbeizuführen. Welzel meint, es sei möglich, vom Tatbestand gewisse Umstände zu trennen, die zur Verbotsmaterie zählen, sie als sogenannte "Rechtswidrigkeitsmomente"⁷²⁾ zu bezeichnen und sie der Rechtswidrigkeit zuzuordnen. Diese Meinung ist, wie Bemmman⁷³⁾ überzeugend ausgeführt hat, vom Standpunkt der Lehre vom Irrtum abzulehnen. Einen Irrtum über einen solchen Umstand muß man, da er sich auf die Verbotsmaterie bezieht, als Tatbestandsirrtum

66) vgl. Welzel, a.a.O., S. 68.

67) Welzel, ZStW 67, 224.

68) Welzel, ZStW 67, 225.

69) Welzel, 7, S. 75; vgl. auch Anm. 67.

70) vgl. im übrigen zu dieser Ansicht Heitzer, NJW 52, 729 ff. und Hartung NJW 52, 761 ff.

71) Schröder, ZStW 65, 182 ff.

72) vgl. Welzel, ZStW 67, 225.

73) Bemmman, Bedingungen, S. 17 ff.

und nicht als Verbotsirrtum auffassen. Ein Verbotsirrtum kann niemals einen Irrtum über einen Teil der Verbotsmaterie beinhalten.

Auch in der Praxis ist die Meinung Welzels, es sei möglich, jene Umstände vom Tatbestand zu trennen, auf Ablehnung gestoßen. So ist der BGH der Ansicht Welzels nicht gefolgt ⁷⁴⁾. Engisch hat im übrigen zutreffend ausgeführt ⁷⁵⁾, daß Welzel "... fälschlich Grund-Folge-Zusammenhänge in Identitäten umzudeuten" scheine. Welzel nimmt in der Tat diese Umdeutung vor. Die im Tatbestand verkörpertten Umstände begründen die Rechtswidrigkeit. Die Rechtswidrigkeit folgt aus der Verwirklichung dieses Tatbestandes. Welzel nimmt nun Umstände, die die Verbotsmaterie betreffen, aus dem Tatbestand heraus und ordnet sie der Rechtswidrigkeit zu. Damit wird ein Teil der Verbotsmaterie, die als ganzes erst die Rechtswidrigkeit begründet, mit dieser gleichgesetzt oder zumindest ihr zugeordnet. Das Verhältnis von Grund-Folge wird aufgegeben, denn damit ist der Grund für die Rechtswidrigkeit, die Verbotsmaterie, als Folge, als Rechtswidrigkeit bezeichnet. Dem kann aber nicht gefolgt werden.

Auf der gleichen Ebene liegt noch folgender Einwand gegen die Ansicht Welzels. Er führt aus, jene Umstände, die er der Rechtswidrigkeit zuordnet, gehörten noch zur Verbotsmaterie, der Tatbestand enthalte in diesem Falle nicht allein die Verbotsmaterie. Die Verbotsmaterie ist nun jene Materie, die aussagt, was Unrecht sein soll. Jene, der Rechtswidrigkeit zugeordneten Merkmale Welzels müssen, da sie die Verbotsmaterie betreffen, notwendigerweise unrechtsbezogen sein. Da sie der Rechtswidrigkeit zugeordnet sind, müssen sie auch schuldbezogen sein.

Als Verkörperung des Unrechts, als Verbotsmaterie, erscheint der Tatbestand. Nach Welzel soll jedoch die Verbotsmaterie in Form jener Merkmale auch der Rechtswidrigkeit zuzuordnen sein. Nun ist die Verbotsmaterie, zunächst unabhängig davon, wo man sie auffin-

74) BGH 3, 248 ff (253, 254); vgl. auch BGH 4, 161 ff.

75) Engisch, Festschrift für Edmund Mezger, S. 158.

den will, der Inbegriff jener Umstände, die das Unrecht manifestieren. Die Verbotsmaterie enthält damit notwendigerweise bereits ein Unwerturteil.

Die Rechtswidrigkeit ist ein Urteil über die Verbotsmaterie, das freilich noch gewisse, außerhalb der Verbotsmaterie liegende Umstände berücksichtigt, ehe es seinen Unwertausspruch fällt. Die Rechtswidrigkeit enthält ein endgültiges Urteil über den in der Verbotsmaterie bereits, wenn auch nicht vollständig, enthaltenen Unwertsgehalt. Nun erscheint es aber nicht möglich, dem Werturteil, das den Unwertgehalt lediglich "beurteilt", einen Teil jener Merkmale zuzuordnen, über die geurteilt werden soll. Man kann nicht das "Urteil" gleichsetzen mit dem zu beurteilenden "Sachverhalt".

Letzten Endes läuft dieser Einwand aber wieder auf den bereits von Engisch ⁷⁶⁾ geäußerten hinaus, daß die Trennung von Grund und Folge aufgegeben wird, wenn man Teile der Verbotsmaterie der Rechtswidrigkeit zuordnet.

Die Verbotsmaterie findet sich ausschließlich im Tatbestand und in den objektiven Bedingungen der Strafbarkeit. Neben Tatbestand und Strafbarkeitsbedingungen ist für weitere Merkmale, die Verbotsmaterie enthalten könnten, kein Raum.

76) Engisch, Festschrift für Edmund Mezger, S. 158.

2. Abschnitt: Die Bestimmung der rechtlichen
Zuordnung des Begriffes der Zuständigkeit
oder des ihr entsprechenden Begriffes

1) Auslegungsmethoden

Bevor darauf eingegangen werden soll, in welchen Fällen die Zuständigkeit abstrakt oder konkret vorliegen muß, soll zunächst festgestellt werden, an welcher Stelle das Merkmal der Zuständigkeit oder der ihr entsprechende Begriff im Verbrechen Aufbau einzuordnen ist. In Frage kommt nur der Raum, der durch die objektive Strafbarkeitsbedingung ausgefüllt ist, und jene Stelle, die vom Tatbestand eingenommen wird. Es ist zu ermitteln, ob die Zuständigkeit Tatbestandsmerkmal, und damit schuldbezogen, oder objektive Strafbarkeitsbedingung ist. Im letzteren Fall wäre sie zwar unrechts-, aber nicht schuldbezogen. Diese Feststellung kann nur im Wege der Auslegung getroffen werden.

Für diese Auslegung gibt es, so scheint es jedenfalls zunächst, mehrere Wege ⁷⁷⁾. Zunächst kommt die philologische Auslegung in Betracht, jene Auslegung, die den Wortsinn dadurch zu ermitteln sucht, daß sie die Gesetze der Sprache und die allgemeinen Erkenntnisse der Sprachwissenschaft zu Hilfe nimmt. Zweite Möglichkeit ist die historische Auslegung, die sich damit befaßt, den Willen des historischen Gesetzgebers zu ermitteln, wobei dieser Wille durch Studium der Gesetzentwürfe, der Verhandlungsniederschriften und aller Äußerungen festgestellt wird, die das Zustandekommen der betreffenden Norm innerhalb der gesetzgebenden Körperschaft betreffen. Die dritte Methode stellt auf die systematische Stellung der Norm ab. Als vierte Möglichkeit der Auslegung erscheint endlich jene, die nach dem Zweck der Norm fragt. Dabei ist der Zweck zugrunde zu legen, der zur Zeit der Anwendung der Norm maßgebend ist ⁷⁸⁾.

77) vgl. zu den verschiedenen Auslegungsmethoden insbesondere Mezger, St. B. I 9, S. 28, 29 und Maurach, I 2, S. 79 ff.
78) so Maurach, a.a.O., S. 80.

Es zeigt sich nun, daß diese letzte Auslegungsmethode, die teleologische, allein zu einem sicheren und vor allen Dingen befriedigenden Ergebnis führen kann. Die von der Sprachwissenschaft her vorzunehmende Auslegung scheitert an der Verschiedenheit der Sinngehalte, die einem Wort in der Umgangs- und in der Gesetzessprache zukommen ⁷⁹⁾. Die Gesetzessprache muß klar und eindeutig sein. Diese Forderung auch gegenüber der Umgangssprache geltend zu machen, ist nicht möglich. Die oft einer mehrfachen Sinndeutung zugänglichen Wortbildungen der Alltagssprache können daher nicht auf die Gesetzessprache übertragen werden. Nur in Ausnahmefällen deckt sich ein Begriff der Umgangssprache mit dem in der Gesetzessprache verwandten völlig. Aus diesem Grund ist die philologische Auslegungsmethode, wenn überhaupt, so nur hilfsweise und in sehr beschränktem Umfang anzuwenden.

Noch viel stärkeren Bedenken begegnet die historische Methode. Dieser Methode entsprechend gilt es, den Willen des historischen Gesetzgebers zu ermitteln. Nun ist es zunächst in den seltensten Fällen möglich, diesen Willen genau zu bestimmen. Feststellbar sind entweder die Meinung des Gesetzentwurfs, d.h. der Begründung des Entwurfs, oder die in der Debatte geäußerten Ansichten. Daraus aber einen einheitlichen Willen rückschauend zu bestimmen, dürfte kaum möglich sein. Nicht die verschiedenen Meinungen können der Wille des Gesetzgebers sein, der Gesetzgeber ist abstrahiert, sein Wille kann allenfalls durch eine sorgfältige Betrachtung und Abwägung aller sich auf die betreffende Norm beziehender Äußerungen annähernd bestimmt werden.

Aber selbst wenn man unterstellt, eine Bestimmung des Willens sei genau möglich, erscheint die historische Methode kaum weniger bedenklich. Wenn die betreffende Norm noch jüngeren Datums ist, mögen die Bedenken geringer sein, handelt es sich aber um eine ältere Norm, so sind die Bedenken unüberhörbar. Die allge-

79) vgl. Maurach, I 2, S. 81.

meinen Lebensverhältnisse⁸⁰⁾ ändern sich namentlich in unserer Zeit in atemberaubender Geschwindigkeit. Dementsprechend ändert sich auch der Inhalt der Normen, denn diese sollen sich auf das Leben beziehen, das Leben ordnen. Nun ist es nicht nur denkbar, sondern beinahe die Regel, daß sich die Lebensverhältnisse, auf die sich die auszulegende Norm bezieht, grundlegend geändert haben. Es erscheint aber verfehlt, einen Willen, der sich auf möglicherweise gänzlich anders gestaltete Lebensverhältnisse bezieht, zur Auslegung heranzuziehen. In diesem Fall würde dieser Wille die Gesetzesanwendung auf die heutigen, andersartigen Lebensverhältnisse beeinflussen. Würde man diese schwerwiegenden Bedenken nicht berücksichtigen, so bestünde über den Weg der Gesetzesauslegung die Gefahr, daß Meinungen und Ansichten einer vergangenen Zeit unser heutiges Leben bestimmen.

Nun kann man sagen, daß eine solche Bestimmung nur zu begrüßen sei, soweit es sich um noch heute gültige Vorstellungen handelt. Dieser Einwand ist zutreffend, doch vermag er die geäußerten Bedenken nicht zu entkräften. Soweit die Vorstellungen noch heute Geltung haben, sind sie auf dem Weg der teleologischen Auslegung zu berücksichtigen. Nur auf diesem Weg ist gesichert, daß nur solche Wertvorstellungen berücksichtigt werden, die tatsächlich auch heute noch Geltung besitzen, denn maßgebend ist bei der teleologischen Auslegung der Zweck der Norm zur Zeit ihrer Anwendung. Da die Berücksichtigung dieser historischen Wertvorstellungen damit ohnehin gesichert ist, kann darauf verzichtet werden, sie auch noch historisch festzustellen. Verzichtet man ganz auf die historische Auslegungsmethode, so verliert man nichts, denn was Geltung bewahren konnte, wird bei der teleologischen Methode ohnehin beachtet. Dagegen gewinnt man viel, denn es wird sichergestellt, daß veraltete und nicht zu den heutigen Lebensver-

80) Unter "Lebensverhältnissen" soll dabei der Inbegriff aller Umstände verstanden werden, die die menschliche Existenz beeinflussen. Insbesondere sind dabei auch die einzelnen Teile der Rechtsordnung zu beachten, deren Grundlage die Verfassung ist. Gerade die Verfassung als Grundordnung des Staates blieb aber seit Beginn dieses Jahrhunderts nicht unverändert.

hältnissen passende Vorstellungen eben diese heutigen Lebensverhältnisse nicht mitgestalten. Die historische Auslegungsmethode sollte daher in keinem Fall, auch nicht hilfsweise verwendet werden ⁸¹⁾.

Der dritten Methode, jener, die es auf die systematische Stellung der Norm abstellt, kommt zwar im Verhältnis zur historischen Bedeutung zu, jedoch ist auch sie nur begrenzt anwendbar. Die systematische Stellung einer Norm vermag vielleicht dazu beizutragen, eine schon gefaßte Meinung zu festigen, eine abschließende Antwort zu geben vermag sie nicht. Aus diesem Grund kann die systematische Auslegungsmethode bestenfalls hilfsweise angewendet werden.

Maßgebende Auslegungsmethode ist die teleologische, sie allein führt zu einem befriedigenden Ergebnis. Dabei ist auf den Zweck abzustellen, der zur Zeit der Anwendung der Norm gilt ⁸²⁾. Nur auf diesem Weg ist die Gewähr gegeben, daß der Sinn einer Norm in der Weise bestimmt wird, daß die Wertbezogenheit zu den Wertvorstellungen der Gegenwart festgestellt wird. Auf diese bezogen kann allein eine Auslegung sinnvoll sein. Jedes ohne Beachtung dieser Wertvorstellungen gewonnene Ergebnis wäre notwendigerweise unvollkommen. Es würde, wie schon gesagt, die Gefahr in sich bergen, daß die Lebensverhältnisse, die sich aus den natürlichen Gegebenheiten entwickeln, durch veraltete Wertvorstellungen beherrscht würden. Dann aber würde das Recht, das das Leben ordnen und gestalten helfen soll, seiner Aufgabe nicht gerecht. Für die Auslegung kommt somit, da die historische Methode ausscheidet, an erster Stelle die teleologische in Betracht. Lediglich hilfsweise, soweit man sich ihrer beschränkten Bedeutung bewußt ist, können die philologische und die systematische Methode angewandt werden.

81) vgl. auch Maurach, I 2, S. 79 ff, insbesondere S. 80, 81.
82) vgl. Maurach, a.a.O., S. 80; Kohlrausch-Lange, 42, § 2, Anm. III.

2) §§ des StGB, bei denen die Zuständigkeit oder das ihr entsprechende Merkmal objektive Bedingung der Strafbarkeit ist

a) Vorbemerkung

Der Sechste Abschnitt des Zweiten Teils des StGB befaßt sich mit dem Widerstand gegen die Staatsgewalt. Das Merkmal der Zuständigkeit oder das der Rechtmäßigkeit der Amtsausübung ist in diesem Abschnitt in den §§ 110, 113, 116 und 117 enthalten. Es ist nun, gemäß der teleologischen Auslegungsmethode die rechtliche Zuordnung dieser Begriffe festzustellen.

b) §§ 113, 117, 110, 116 StGB

Ausgehen ist von der zentralen und innerhalb des Sechsten Abschnittes des Zweiten Teils des StGB wohl am bedeutsamsten Vorschrift des § 113 StGB. Nach dieser Vorschrift wird bestraft, wer unter gewissen Voraussetzungen einem Beamten bei rechtmäßiger Amtsausübung Widerstand leistet oder wer einen solchen Beamten tatsächlich angreift.

Ob die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung Tatbestandsmerkmal, objektive Bedingung der Strafbarkeit ⁸³⁾ ist oder der Rechtswidrigkeit zugeordnet werden muß ⁸⁴⁾, ist von weitreichender Bedeutung. Dabei besteht die Möglichkeit nicht, die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung der Rechtswidrigkeit zuzurechnen, da, wie bereits darge-

83) so Mezger, St. B. II 7, S. 267, 268; Leipz. Ktr. I 8, § 113, Anm. VI; Schönke-Schröder, 9, § 113, Anm. VII; Maurach, II 3, S. 552 und 553; RG 55, 166; 60, 342; 72, 301 und 302; BGH 4, 163.

84) so im Ergebnis v. Hippel, LB, S. 297, Anm. 5, der die Grundsätze des Verbotsirrtums anwendet. Ähnlich Kohlrausch-Lange, 42, § 113, Anm. VI, der im Ergebnis die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen anwendet, wobei ein Irrtum über tatsächliche Umstände den Vorsatz ausschließen soll, andernfalls seien die Grundsätze des Verbotsirrtums anzuwenden. Ebenso rechnen die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung zur Rechtswidrigkeit Heitzer, NJW 1952, 729 ff und Hartung, NJW 1952, 761 ff, insbesondere 763. Welzel rechnet in JZ 1952, 20 die Rechtmäßigkeit zur Rechtswidrigkeit.

gelegt wurde ⁸⁵⁾, Teile der Verbotsmaterie nicht der Rechtswidrigkeit zugeordnet werden können. Zur Verbotsmaterie zählt aber auch die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung. Es kann daher auf eine erneute Stellungnahme zu dieser Ansicht verzichtet werden. Um die Frage nach der Zuordnung beantworten zu können, muß auf den Unterschied zwischen Tatbestand und objektiver Strafbarkeitsbedingung eingegangen werden. Dazu wurde bereits ausgeführt ⁸⁶⁾, daß der Tatbestand das Unrecht der Tat feststellt, während die objektive Strafbarkeitsbedingung zwar auch das Unrecht mitbegründet, diese Wirkung aber eine schwächere ist, da die Unrechtsbezogenheit lediglich eine lose ist. Ist die Unrechtsbezogenheit der Rechtmäßigkeit der Amtsausübung eine intensive, so ist sie Tatbestandsmerkmal ⁸⁷⁾, ist die Rechtmäßigkeit lediglich entfernt unrechtsbezogen, so muß sie objektive Bedingung der Strafbarkeit sein.

Dies kann dadurch festgestellt werden, daß man untersucht, ob die Tat auch bei gänzlich fehlender Rechtmäßigkeit der Amtsausübung noch einen gewissen Unrechtsgehalt aufweist. Ein solcher Unrechtsgehalt der Tat bei rechtswidriger Amtsausübung kann nur dadurch gegeben sein, daß der geringe Teil der Verbotsmaterie, der in der objektiven Strafbarkeitsbedingung verkörpert ist, wegfällt. Obwohl aber ein Teil der Verbotsmaterie fehlt, ist dann, da die Unrechtsbezogenheit der Strafbarkeitsbedingung eine lediglich entferntere ist, immer noch der größere Teil der Verbotsmaterie gegeben. Zwar ist dieser Teil nicht so groß, daß er einen Strafanspruch auslösen würde, dazu fehlt jener, in der objektiven Strafbarkeitsbedingung enthaltene Teil, aber er ist doch immerhin noch bedeutsam genug, daß man von strafrechtlich erheblichem Unrecht sprechen kann.

85) vgl. S. 17 ff.

86) vgl. S. 14.

87) vgl. Bemmman, Bedingungen, S. 35. Im Ergebnis Frank, 18, § 113, Anm. VII, da er fordert, der Vorsatz müsse sich auch auf die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung erstrecken; v. Liszt-Schmidt, 25, S. 792 kommt zu dem gleichen Ergebnis.

Wäre die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung Tatbestandsmerkmal, so müßte die Tat bei rechtswidriger Amtsausübung völlig unrechtsfremd sein. Da in diesem Fall die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung intensiv unrechtsbezogen wäre, bestände bei fehlender Rechtmäßigkeit, d.h. Rechtswidrigkeit überhaupt keine Möglichkeit, noch von Unrecht oder gar von strafrechtlich erheblichem Unrecht zu sprechen.

Die Beantwortung der Frage, ob bei rechtswidriger Amtsausübung die Tat noch ein gewisses Maß an strafrechtlich erheblichem Unrecht aufweist, richtet sich hauptsächlich danach, ob eine Gefährdung der staatlichen Ordnung vorhanden ist. Muß man, trotz rechtswidriger Amtsausübung, eine solche Gefährdung bejahen, so beinhaltet die Tat ein gewisses Unrecht, das jedoch freilich nicht ausreicht, um einen Strafanspruch auszulösen. Auf dem Gebiet der Exekutive handelt der Staat in sehr exponierter Stellung. Auf dem Gebiet der Rechtspflege sind die dem Staat gesetzten Schranken klar und deutlich zu erkennen, es besteht in jedem Fall für die handelnde Behörde oder das Gericht die Möglichkeit, diese Schranken zu bestimmen. Anders ist dies, sobald der Staat in Form der Exekutive handelt. Zwar sind auch hier die Schranken, innerhalb derer sich die Staatsgewalt zu halten hat, genau vorgezeichnet, jedoch folgt aus der exponierten Stellung der Exekutive, daß es insbesondere dem ausführenden Beamten im Einzelfall nicht immer möglich ist, die Schranken, was wesentlich ist, von vornherein zuverlässig zu bestimmen. Gleichwohl ist es auch in solchen Fällen notwendig, zu handeln. Es besteht daher für die Exekutive aus der Natur der Tätigkeit heraus in manchen Fällen ein gewisses, kaum ausschließbares Risiko. Dieses Risiko rechtfertigt die Annahme, daß der Exekutive ein gewisser Spielraum eingeräumt werden muß, ein Spielraum, innerhalb dessen sie damit rechnen kann, respektiert zu werden. Dabei reicht der Spielraum in das Gebiet herein, wo Rechtmäßigkeit und Zuständigkeit fehlen.

Eine wirksame Exekutive ist eine Grundvoraussetzung des Bestandes gerade einer freiheitlichen Grundordnung. Wirksam ist die Exekutive

aber nur dann, wenn ihr dieser Spielraum eingeräumt wird, wenn in gewissem Umfang auch eine rechtswidrige Vollstreckungshandlung zunächst respektiert wird. Natürlich kann dies nur für die Dauer der Vollstreckungshandlung gelten, in jedem Fall bleiben dem Betroffenen sämtliche Rechtsbehelfe, die ihm die Rechtsordnung zuweist. Ausgeschlossen soll lediglich die Selbsthilfe sein.

Eine Verletzung des Spielraumes schließt eine Gefährdung der Exekutive und damit des Staates ein. Damit ist aber auch bei Rechtswidrigkeit der Amtsausübung oder Unzuständigkeit bei der Widerstandshandlung ein gewisser Unrechtsgehalt gegeben. Dies gilt jedoch nur solange, als der Spielraum verletzt wird. Bei offensichtlicher oder auch nur erkennbarer Rechtswidrigkeit der Amtshandlung ist ein Unrechtsgehalt nicht gegeben, denn dies bejahen, hieße zum Polizeistaat zurückzukehren. Auch bei fehlender Rechtmäßigkeit der Amtsausübung entbehrt die Widerstandshandlung in gewissem Umfang nicht eines Unrechtsgehaltes. Die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung in § 113 StGB muß daher objektive Bedingung der Strafbarkeit sein⁸⁸⁾.

§ 117 StGB regelt die Strafbarkeit des Forstwiderstandes. Auch hier ist es erforderlich, daß der Beamte in rechtmäßiger Amtsausübung handelte. Die Sach- und Interessenlage ist weitgehend die gleiche wie in § 113 StGB⁸⁹⁾. Es kann daher bei der Behandlung der Rechtmäßigkeit der Amtsausübung in § 117 StGB weitgehend auf die vorstehenden Ausführungen Bezug genommen werden. § 117 StGB soll nur insoweit untersucht werden, ob bzgl. der Rechtmäßigkeit Abweichungen gegenüber § 113 StGB auftreten sollten.

88) vgl. auch die Ausführungen des Bundesgerichtshofes in BGH 4, 163 ff. Das Ergebnis, die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung als objektive Strafbarkeitsbedingung anzusehen, wird auch durch die Regelung des E 1960 gestützt. Dies folgt aus § 419, Abs. 4 und 5 E 1960. Aus Abs. 4 Satz 2 folgt zwingend, daß die Rechtmäßigkeit kein Tatbestandsmerkmal sein kann, sondern objektive Strafbarkeitsbedingung ist. Das unerwünschte Ergebnis, daß ein Irrtum über die Rechtmäßigkeit, der dem Täter nicht vorzuwerfen ist, unbeachtlich sein soll, wie es der Fall ist, wenn man die Rechtmäßigkeit als Strafbarkeitsbedingung im engeren Sinn ansieht, schließt der E 1960 durch § 419, Abs. 5 aus. Dieser gestattet es dem Gericht, die Strafe zu mildern oder von Strafe ganz abzusehen. Vgl. im übrigen E 1960, Begründung zu § 419, S. 562 ff.

89) vgl. Schwarz-Dreher, 23, § 117, Anm. 1.

Wie bei § 113 StGB stehen sich auch bei § 117 StGB die verschiedenen Ansichten über die Rechtsnatur des Begriffes der Rechtmäßigkeit der Amtsausübung gegenüber. Sie wird als Tatbestandsmerkmal⁹⁰⁾, als zur Rechtswidrigkeit gehörend⁹¹⁾ oder als objektive Bedingung der Strafbarkeit angesehen⁹²⁾.

§ 117 StGB schützt unter anderem die Forst-, Jagd- und Fischereibeamten in der rechtmäßigen Ausübung ihres Amtes. Nur wenn sich herausstellen sollte, daß die Staatsgewalt in Form der Exekutive im Rahmen des § 117 StGB eine im Verhältnis zu § 113 StGB weniger exponierte Stellung hat, ist es gerechtfertigt, die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung in § 117 StGB nicht als objektive Bedingung der Strafbarkeit, sondern als Tatbestandsmerkmal anzusehen. Eine Zurechnen dieses Umstandes zur Rechtswidrigkeit, wie sie vorgenommen wird⁹¹⁾, ist nicht möglich. Da dies bereits oben⁹³⁾ allgemein dargelegt wurde, kann auf ein nochmaliges Eingehen auf diese Ansicht verzichtet werden.

§ 117 StGB ist, soweit er die Beamten betrifft, lediglich Spezialvorschrift gegenüber § 113 StGB. Lediglich der Umkreis der geschützten Beamten ist eingeschränkt. An der Interessenlage hat sich dadurch nichts geändert. Ein Unterschied gegenüber § 113 StGB läßt sich insoweit nicht feststellen. Auch für die Forst-, Jagd- und Fischereibeamten gilt, daß ihre Stellung eine sehr exponierte ist, daß die Schranken der Rechtmäßigkeit von vornherein nicht immer klar erkennbar sind. Es erscheint daher erforderlich, wie bei § 113, so auch bei § 117 StGB der Staatsgewalt in Form der im Einzelfall tätig werdenden Exekutive einen Spielraum zuzubilligen⁹⁴⁾.

90) so im Ergebnis Frank, 18, § 117, Anm. V; v. Liszt-Schmidt, 25, S. 795; vgl. auch v. Olshausen, 11, § 117, Anm. 10 d. i. V. m. § 113, Anm. 28; a. A. jedoch v. Olshausen, 12, § 117, Anm. 10 i. V. m. § 113, Anm. 12.

91) Welzel, 7, S. 429; Heitzer, NJW 1952, 729; vgl. auch v. Hippel, LB, S. 298, 299 i. V. m. S. 297, Anm. 5; Kohlrausch-Lange, 42, § 117, Anm. VI i. V. m. § 113, Anm. VI.

92) Schönke-Schröder, 9, § 117, Anm. IV 1, V; Maurach, II 3, S. 559; Leipz. Ktr. I 8, § 117, Anm. VI; im Ergebnis Schwarz-Dreher, 23, § 117, Anm. 4; vgl. auch RG 38, 376.

93) vgl. S. 17 ff.

94) Dieses Ergebnis läßt sich, der systematischen Auslegungsmethode folgend, mit der systematischen Stellung des § 117 StGB innerhalb des Sechsten Abschnittes des Zweiten Teils des StGB begründen.

Die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung in § 117 StGB muß daher entsprechend dem zu § 113 StGB Ausgeführten⁹⁵⁾ behandelt werden. Sie ist objektive Bedingung der Strafbarkeit⁹⁶⁾.

§ 110 StGB enthält eine Strafdrohung bzgl. der Aufforderung zum Ungehorsam gegen die von der Obrigkeit innerhalb ihrer Zuständigkeit getroffenen Anordnungen. Erforderlich ist daher zur Strafbarkeit dieser Aufforderung die Zuständigkeit der Obrigkeit. Auch hier werden drei verschiedene Ansichten bzgl. der Rechtsnatur dieser Zuständigkeit vertreten. So wird sie als Tatbestandsmerkmal angesehen⁹⁷⁾, was zur Folge hat, daß der Vorsatz des Täters sich auf die Zuständigkeit der Obrigkeit beziehen muß, d.h. glaubte der Täter irrtümlich, die tatsächlich zuständige Obrigkeit sei nicht zuständig, so bleibt er auch dann straflos, wenn er diesen Irrtum grobfahrlässig verschuldet hat. Die Möglichkeit, das Merkmal "zuständig" zur Rechtswidrigkeit zu zählen⁹⁸⁾, besteht auch hier wieder nicht. Weiter kann die Zuständigkeit als objektive Bedingung der Strafbarkeit angesehen werden⁹⁹⁾.

§ 113 StGB betrifft die Beamten, die unmittelbar bei der Ausführung der staatlichen Gewalt tätig werden. § 110 StGB schützt, soweit er die von der Obrigkeit im Rahmen ihrer Zuständigkeit erlassenen Anordnungen betrifft, die Grundlage der Exekutive überhaupt, die Staatsgewalt in ihren rechtmäßigen Handlungen auf dem Gebiet der Exekutive. Eine von § 113 StGB abweichende Behandlung des Merkmals der Zuständigkeit in § 110 StGB ist nur dann gerechtfertigt, wenn der Exekutive, soweit sie im Rahmen

95) vgl. S. 25 ff.

96) Dieses Ergebnis wird durch die Regelung des E 1960 erhärtet. Der Widerstand des jetzigen § 117 StGB, der sich gegen Beamte richtet, fällt nicht unter § 420 E 1960, sondern unter § 419 E 1960, der allgemein die Strafbarkeit des Widerstandes regelt. Vgl. dazu Anm. 88.

97) vgl. v.Liszt-Schmidt, 25, S. 805; Frank, 18, § 110, Anm. IV; v.Olshausen, 11, § 110, Anm. 23; vgl. aber v.Olshausen, 12, wo bei § 110, Anm. 11 dies nicht ausdrücklich wiederholt wird; vgl. Kohlrausch-Lange, 42, § 110, Anm. VIII i.V.m. § 154, Anm. V 3.

98) vgl. Welzel, 7, S. 425 und Welzel, JZ 1952, 20; JZ 1952, 133 ff; vgl. weiter Heitzer, NJW 1952, 729 ff (730).

99) so Schönke-Schröder, 9, § 110, Anm. II 3; Leipz. Ktr. I 8, § 110, Anm. VII; vgl. auch RG.63, 326 ff (329).

des § 110 StGB tätig wird, kein "Spielraum" zugebilligt werden kann. Dies ist dann der Fall, wenn ihre Stellung, soweit sie die Anordnungen betrifft, weniger exponiert sein sollte, als bei § 113 StGB.

§ 110 StGB unterscheidet Gesetze, Verordnungen und Anordnungen. Die Anordnungen im Sinne des § 110 StGB sind dabei Allgemeinverfügungen, Verwaltungsakte, die sich an einen größeren Personenkreis wenden, der aber noch bestimmbar sein muß.

Soweit die Staatsgewalt sich in Form von Gesetzen und VO äußert, kann ihr eine exponierte Stellung nicht zugesprochen werden. Daher scheidet auch die Zubilligung eines Spielraums aus. Anders ist dies bei den Anordnungen, für sie gilt das bei § 113 StGB Gesagte ¹⁰⁰⁾ entsprechend. Für die ausführende "Obrigkeit", die den VA erläßt, ist es von vornherein nicht immer möglich, die Frage der Rechtmäßigkeit, hier insbesondere die der Zuständigkeit, abschließend zu beantworten. Gleichwohl mag auch hier die Notwendigkeit des Handelns gegeben sein. Die Obrigkeit im Sinne des § 110 StGB hat daher im Gegensatz zum Gesetzgeber im materiellen Sinn, der die Gesetze und VO erläßt, eine gewisse exponierte Stellung. Ihr ist daher auch ein Spielraum zuzusprechen. Im weiteren gelten damit die Ausführungen zu § 113 StGB ¹⁰⁰⁾ entsprechend, die Zuständigkeit der Obrigkeit in § 110 StGB ist objektive Bedingung der Strafbarkeit ¹⁰¹⁾.

100) S. 25 ff.

101) Das Merkmal der Zuständigkeit ist in § 291 E 1960, der dem § 110 StGB entspricht, nicht mehr enthalten. Die Bedenken, die gegen die strenge Zuordnung als objektive Strafbarkeitsbedingung erhoben werden können, sind begründet, denn wenn der Täter glaubte, ohne daß ihm dies vorzuwerfen ist, die Zuständigkeit sei nicht gegeben, so ist dies bei strenger Durchführung als objektive Strafbarkeitsbedingung unbeachtlich. Dieses Ergebnis erscheint als mit dem reinen Schuldstrafrecht nicht vereinbar. Damit würde ein Umstand völlig unberücksichtigt bleiben, der strafbegründend ist und aus der Schuldbezogenheit gelöst werden muß. Es würde dadurch ein Widerspruch zum Gedanken des reinen Schuldstrafrechts geschaffen. Sowohl dem Zweck des § 110 StGB wie auch den Forderungen, die im reinen Schuldstrafrecht begründet sind, würde entsprochen, wenn eine dem § 291 Abs. 3 E 1960 entsprechende Regelung in § 110 StGB enthalten wäre, die es dem Gericht gestattet, die Strafe entsprechend zu mildern

§ 116 StGB, der die Strafbarkeit des Auflaufs bestimmt, enthält ebenso wie § 110 StGB das Merkmal der Zuständigkeit. Eine Bestrafung erfolgt nur dann, wenn der Beamte zuständig war. Nicht möglich erscheint es wieder, die Zuständigkeit der Rechtswidrigkeit zuzurechnen ¹⁰²⁾. Als Möglichkeiten bleiben nur, die Zuständigkeit entweder als Tatbestandsmerkmal ¹⁰³⁾ oder als objektive Bedingung der Strafbarkeit ¹⁰⁴⁾ aufzufassen.

Eine von den Ausführungen zu § 113 StGB ¹⁰⁵⁾ abweichende Meinung ist dann gerechtfertigt, wenn der zuständige Beamte im Sinne des § 116 StGB weniger exponiert ist, als derjenige nach § 113 StGB. Das ist aber nicht der Fall. Der Beamte sieht sich, wenn der Tatbestand des § 116 StGB vorliegt, einer Menge gegenüber. Auch wenn zunächst nicht erforderlich ist, daß die Menschenmenge im Sinne des § 116 StGB bereits rechtsfeindlich eingestellt ist, stellt doch die Menge an sich bereits eine Gefahr dar. Wie sich schon oft gezeigt hat, ist schon die bloße Existenz der Menschenmenge ein potentieller Nährboden besonders für Gewaltdelikte ¹⁰⁶⁾. Dem Beamten, der sich in diese Situation gestellt sieht, ist es nun in vielen Fällen nicht möglich, die Frage der Zuständigkeit von vornherein zweifelsfrei zu beantworten. Seine Stellung ist exponiert, der durch ihn repräsentierten Exekutive ist daher ein Spielraum zuzubilligen. Es gelten im weiteren die Ausführungen zu § 113 StGB ¹⁰⁵⁾ entsprechend.

Forts. Fußnote 101)

oder ganz von Strafe abzusehen, falls der Täter meinte, die Zuständigkeit läge nicht vor und ihm dieser Irrtum auch nicht vorzuwerfen ist.
Die in § 291 Abs. 3 E 1960 getroffene Regelung ist daher zu begrüßen.

102) vgl. Welzel, 7, S. 429.

103) vgl. v.Olshausen, 11, § 116, Anm. 7, ebenso v.Olshausen, 12, § 116, Anm. 7.

104) vgl. Schönke-Schröder, 10, § 116, Anm. IV; vgl. auch Leipz. Ktr. I 8, § 116, Anm. VI; Maurach II 3, S. 568 i.V.m. S. 552 ff; BGH 5, 251 und 252.

105) vgl. S. 25 ff.

106) vgl. hierzu Maurach, II 3, S. 563 ff.

Das Merkmal der Zuständigkeit in § 116 StGB ist objektive Bedingung der Strafbarkeit ¹⁰⁷⁾.

c) Zusammenfassung

Bei den §§ 110, 113, 116, 117 StGB, in denen das Merkmal der Zuständigkeit oder der Rechtmäßigkeit der Amtsausübung enthalten ist, wurde festgestellt, daß der Exekutive in ihrer jeweiligen Ausdrucksform eine exponierte Stellung zukommt. Aus diesem Grund war ihr daher jeweils ein gewisser Spielraum zuzubilligen, der in das Gebiet der Rechtswidrigkeit und Unzuständigkeit hineinreicht. Eine Verletzung dieses Spielraums schließt eine Gefährdung der Exekutive und damit der Staatsgewalt allgemein in sich. Auch bei Rechtswidrigkeit der Amtsausübung und Unzuständigkeit ist, solange die Grenzen des Spielraums nicht überschritten werden, die jeweilige Tat in gewissem Ausmaß strafrechtlich erhebliches Unrecht. Die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung und die Zuständigkeit sind daher in den genannten §§ objektive Bedingungen der Strafbarkeit.

3) §§ des StGB, bei denen die Zuständigkeit Tatbestandsmerkmal ist

Ein weiterer § des StGB, der das Merkmal der Zuständigkeit enthält, ist § 137 StGB, der den Arrestbruch bestraft. Nach dieser Vorschrift muß die Pfändung oder Beschlagnahme durch einen zuständigen Beamten oder eine zuständige Behörde erfolgt sein.

107) Daß die strenge Durchführung als objektive Strafbarkeitsbedingung im Falle des schuldlos irrenden Täters zu Widersprüchen führt, wurde bereits dargelegt, vgl. Anm. 101. In § 297 E 1960 ist das Merkmal der Zuständigkeit nicht mehr enthalten. Maßgebend ist an ihrer Stelle in § 297 Abs. 2 E 1960 die Rechtmäßigkeit der Aufforderung. § 297 Abs. 3 E 1960 räumt die geäußerten Bedenken wegen eines möglichen Widerspruchs mit den Grundsätzen eines reinen Schuldstrafrechts aus. Der Regelung des § 297 Abs. 3 E 1960 ist daher insoweit voll zuzustimmen.

Auch hier bestehen die beiden Möglichkeiten, die Zuständigkeit als Tatbestandsmerkmal ¹⁰⁸⁾ oder als objektive Strafbarkeitsbedingung anzusehen. Eine dritte Möglichkeit, die Zuständigkeit der Rechtswidrigkeit zuzuordnen ¹⁰⁹⁾, scheidet, wie bereits allgemein dargelegt ¹¹⁰⁾, aus. Die Wahl zwischen diesen beiden Möglichkeiten hängt wieder davon ab, ob der Arrestbruch auch bei Unzuständigkeit der Behörde oder des Beamten noch ein gewisses Maß an strafrechtlich erheblichem Unrecht beinhaltet. Die durch § 137 StGB mit Strafe bedrohten Handlungen zerfallen in zwei Gruppen, deren jeweilige Voraussetzungen verschieden sind. Einmal sind dies Handlungen, die eine im Interesse eines privaten Gläubigers auf Antrag vom Gerichtsvollzieher oder dem Gericht als Organ der Zwangsvollstreckung bewirkte Verstrickung oder Beschlagnahme voraussetzen. Zum zweiten sind es Handlungen, bei denen der Staat von sich aus im unmittelbaren staatlichen Interesse eine Beschlagnahme bewirkt. Dies ist insbesondere nach der StPO der Fall.

Um die gestellte Frage nach der Unrechtsbezogenheit zu beantworten, sollen die Handlungen, die unter § 137 StGB fallen, in jene zwei Gruppen aufgeteilt werden.

Die Gruppe, die zivilrechtliche Zwangsvollstreckungsmaßnahmen zur Voraussetzung hat, ist dadurch gekennzeichnet, daß dem Staat jedes unmittelbare Interesse an der Verstrickung oder Beschlagnahme fehlt. Lediglich ein mittelbares staatliches Interesse an der Durchführung der Zwangsvollstreckungsmaßnahme besteht. Begründet ist dieses lediglich mittelbare Interesse darin, daß es dem Staat angelegen sein muß, die Voraussetzungen für eine praktische Verwirklichung jener Ansprüche zu schaffen, deren Bestehen er in Form eines Urteils anerkannt hat. Herr des Zwangsvoll-

108) Nach Schönke-Schröder, 10, § 137, Anm. IV muß sich der Vorsatz auf die Zuständigkeit erstrecken; vgl. auch Kohlrausch-Lange, 42, § 137, Anm. V; Mezger, St. B. II 7, S. 274; Leipz. Ktr. I 8, § 137, Anm. VI. Auch Maurach II 3, S. 578 rechnet die Zuständigkeit zum Tatbestand. Vgl. weiter v. Olshausen, 12, § 137, Anm. 9; Frank, 18 § 137, Anm. III; Schwarz-Dreher, 23, § 137, Anm. 4.

109) vgl. Welzel, 7, S. 439; Welzel JZ 1952, 133 ff.

110) vgl. S. 17 ff.

streckungsverfahrens bleibt aber (abgesehen von den möglichen Rechtsbehelfen des Zwangsvollstreckungsrechts) der zivilrechtliche Gläubiger. Dieser muß sich dabei bei der Verwirklichung seiner Ansprüche jener Wege bedienen, die ihm das Zwangsvollstreckungsrecht zuweist. Bzgl. der Rechtmäßigkeit der Vollstreckungshandlungen gelten dabei strenge Anforderungen. Dies folgt aus der starken Stellung des Eigentums, wie sie insbesondere in Art. 14 GG zum Ausdruck kommt. Vollstreckungsmaßnahme bedeutet aber immer einen Eingriff in dieses Grundrecht. Ist nun die Verstrickung oder Beschlagnahme durch einen unzuständigen Beamten oder eine unzuständige Behörde erfolgt, so kann, um ein Beispiel zu wählen, nach § 766 ZPO die Maßnahme auf die Erinnerung hin aufgehoben werden. Es ist aber nicht möglich, auf der einen Seite die Maßnahme aufzuheben, sie als rechtswidrig zu bezeichnen, andererseits eine Zuwiderhandlung, eine Vereitelung der Maßnahme, als strafrechtliches Unrecht zu bezeichnen. Eine andere Ansicht wäre nur dann begründet, wenn eine Situation ähnlich der bei den §§ des Sechsten Abschnittes des Zweiten Teils, den Widerstandshandlungen gegeben wäre. Von einer exponierten Stellung der Exekutive (wenn man den Gerichtsvollzieher als Organ der Exekutive bezeichnen will) kann keine Rede sein. Die Zubilligung eines Spielraumes ist daher nicht möglich.

Für die zweite Gruppe von Handlungen gilt ähnliches. Zwar fehlt hier der zivilrechtliche Gläubiger, der Staat wird in diesen Fällen von sich aus und in unmittelbarem Interesse tätig, doch hat auch hier nur die von dem zuständigen Beamten und der zuständigen Behörde vorgenommene Beschlagnahmehandlung Rechtsbestand. Eine Beschlagnahme bei fehlender Zuständigkeit wäre auf das jeweilige Rechtsmittel bzw. den betreffenden Rechtsbehelf hin aufzuheben. Eine andere Entscheidung wäre unvereinbar insbesondere mit Art. 14, 20, Abs. 3 GG. Auch hier ist es nun nicht möglich, einerseits die Beschlagnahme als rechtswidrig zu bezeichnen, andererseits in diesem Arrestbruch überhaupt strafrechtliches Unrecht zu finden. Es würde in diesem Fall für denselben Lebensvorgang zweierlei Rechtswidrigkeit gelten.

Eine abweichende Meinung wäre nur dann gerechtfertigt, wenn der Staatsgewalt im Rahmen des § 137 StGB eine ähnlich exponierte Stellung zukommt wie bei den Widerstandsdelikten. Dies ist nicht der Fall. Eine Beschlägnahme ist niemals so vordringlich und eilig, als daß der handelnde Beamte oder die Behörde sich nicht vorher abschließend Gewißheit über ihre Zuständigkeit oder Unzuständigkeit verschaffen könnten. Ausnahmesituationen, die die Zubilligung eines "Spielraumes", ähnlich dem bei den Widerstandshandlungen festgestellten, rechtfertigen würden, sind schwer denkbar. Auch bei der zweiten Gruppe von Handlungen kann daher bei fehlender Zuständigkeit von einem strafrechtlich erheblichen Unrecht nicht gesprochen werden.

Die Zuständigkeit des Beamten und der Behörde in § 137 StGB ist daher Tatbestandsmerkmal ¹¹¹⁾.

Unter den Aussagedelikten nimmt § 154 StGB die zentrale Stellung ein. § 154 StGB verlangt eine zur Abnahme von Eiden zuständige Stelle. Von wesentlicher Bedeutung für den Anwendungsbereich des § 154 StGB ist die Beantwortung der Frage, ob die Zuständigkeit Tatbestandsmerkmal ist, da sich in diesem Fall der Vorsatz auf sie erstrecken muß. Wieder sind nur zwei Möglichkeiten für die Rechtsnatur der Zuständigkeit vorhanden. Als zweite kommt jene in Betracht, die die Zuständigkeit den objektiven Strafbar-

111) Im E 1960 ist der Verstrickungsbruch in § 427 geregelt. Das Merkmal "zuständig" ist in § 427 E 1960 nicht enthalten. Dafür findet sich der Begriff der rechtmäßigen Diensthandlung. Dieser Begriff ist, wie sich aus der Irrtumsregelung des § 427 Abs. 3 E 1960 ergibt, als objektive Bedingung der Strafbarkeit anzusehen. Die Vorschrift des Absatzes 4 führt dabei eine Milderung eines zu strengen Ergebnisses herbei. Daß dieser Regelung nicht zugestimmt werden kann, erhellt aus den gebrachten Ausführungen (S. 33 ff) zum Unrechtsgehalt des Begriffs "zuständig" in § 137 StGB. Zwischen Zuständigkeit und Rechtmäßigkeit besteht insofern kein Unterschied, als der Grad der Unrechtsbezogenheit bei beiden Begriffen derselbe ist. Die Rechtmäßigkeit der Diensthandlung hätte zum Tatbestandsmerkmal gemacht werden müssen. Der Regelung des § 427 E 1960 kann daher insoweit nicht zugestimmt werden.

keitsbedingungen zurechnet. Eine dritte, die Zuständigkeit der Rechtswidrigkeit zuzuordnen ¹¹²⁾, scheidet aus den schon erwähnten Gründen ¹¹³⁾ aus. Es gilt demnach festzustellen, ob die Zuständigkeit Tatbestandsmerkmal ¹¹⁴⁾ oder objektive Bedingung der Strafbarkeit ist. Dabei ist wieder davon auszugehen, daß zwischen Tatbestandsmerkmal und objektiver Strafbarkeitsbedingung ein Unterschied im Grad der Unrechtsbezogenheit besteht. Es kann daher wieder darauf abgestellt werden, ob bei fehlender Zuständigkeit der Behörde ein Meineid noch Unrecht ist. Ist ein solcher Eid ein nur nicht mehr strafbares Unrecht, so muß die Zuständigkeit objektive Strafbarkeitsbedingung sein. Kann dagegen ein solcher Eid überhaupt nicht als Unrecht angesehen werden, kann bei fehlender Zuständigkeit von einer Unrechtsbezogenheit der Tat nicht mehr gesprochen werden, so ist, da in diesem Falle eine intensive Unrechtsbezogenheit festzustellen ist, die Zuständigkeit Tatbestandsmerkmal und damit notwendigerweise schuldbezogen mit der Folge des § 59 StGB.

Zur Beantwortung der Frage, ob ein vor einer unzuständigen Behörde geschworener Meineid Unrecht ist, muß die Gesamtheit der Rechtsordnung und dabei wieder als Grundlage dieser Rechtsordnung, das GG seiner Haupteinstellung zum Verhältnis Staatsbürger betrachtet werden. Dem GG entsprechend ist das Verhältnis Staat - Bürger in der Weise geregelt, daß dem Staat nur ein begrenzter Raum zukommt, in dem er dem Bürger mit hoheitlicher Gewalt gegenübertreten kann. Außerhalb dieses Raumes, der durch die Normen des Grundgesetzes und der darauf gestützten Gesetze im materiellen Sinn gebildet wird, ist der Staat nicht

112) vgl. Welzel, 7, S. 452 i.V.m. S. 450; Welzel in JZ 1952, 133 ff.

113) vgl. S. 17 ff.

114) vgl. Schönke-Schröder, 10, § 154, Anm. III. Nach Kohlrausch-Lange, 42, § 154, Anm. V muß sich der Vorsatz des Täters auf die Zuständigkeit erstrecken; ebenso Leipz. Ktr. II 8, § 154, Anm. 6; Schwarz-Dreher, 23, § 154, Anm. 2 E b und 3 E a. Maurach, II 3, S. 598 rechnet die Zuständigkeit der Behörde zum objektiven Tatbestand. Vgl. weiter Frank, 18, § 154, Anm. I und IV; RG 65, 208; BGH 3, 254.

befugt, dem Einzelnen hoheitlich handelnd gegenüberzutreten. Der Meineid ist ein Delikt gegen die Rechtspflege, die Rechtspflege aber ist eine Äußerung der staatlichen Hoheitsgewalt. Als zur "Rechtspflege" gehörend kann man aber nur jene verfahrensrechtlichen Vorgänge ¹¹⁵⁾ zählen, die den geltenden auf dem GG aufbauenden Verfahrensrechten entsprechen. Soweit eine Befugnis zur Vornahme einer bestimmten Handlung durch die Behörde nicht gegeben ist, wird damit der Raum vorgezeichnet, der allein die Hoheitsgewalt zur Wirksamkeit gelangen lassen kann.

Überschreitet die Behörde die durch das Verfahrensrecht vorgezeichnete Schranke, so kann sie nicht mehr hoheitlich befugt tätig werden. Ein Angriff gegen die Rechtspflege kann aber nur solange Unrecht sein, als es sich tatsächlich um "Rechtspflege" im formellen Sinn handelt. Verläßt die Behörde den ihr durch die Rechtsordnung vorgezeichneten Raum, so kann von einer "Rechtspflege" nicht mehr gesprochen werden. Ein Angriff auf diese "Rechtspflege" außerhalb des gesetzlich umschriebenen Hoheitsbereiches kann aber kein Unrecht sein, denn es steht nicht im Belieben der Behörde, inwieweit sie die Rechtspflege, eine der vornehmsten Aufgaben des Staates, durchführen will. Sie muß sich dabei an die vorgezogenen Schranken halten. Da aber, was ein Angriff gegen die Rechtspflege und damit auch gegen den Staat nicht ist, auch kein Unrecht sein kann, muß die eingangs gestellte Frage so beantwortet werden, daß bei fehlender Zuständigkeit ein Unrecht nicht gegeben ist.

Nun könnte eingewendet werden, dies würde den bei den strafbaren Handlungen des Widerstandes gegen die Staatsgewalt gebrachten Ausführungen widersprechen. Ein solcher Einwand wäre unbegründet. Der Unterschied zwischen § 154 StGB und dem Widerstand gegen die Staatsgewalt, § 113 StGB, liegt letzten Endes darin, daß die Exekutive im Gegensatz zur Rechtspflege an exponierterer Stelle steht. Daraus erklärt sich der Unterschied im Unrechtsgehalt. Der im Rahmen der Rechtspflege handelnden Staatsgewalt kann ein Spielraum nicht zugebilligt werden. Die Zuständigkeit der Stelle in

115) wobei von Verfahrensrecht im weitesten Sinn gesprochen werden soll.

§ 154 StGB ist Merkmal des Tatbestandes 116).

§ 153 StGB bestimmt die Strafbarkeit der uneidlichen, vorsätzlichen Falschaussage. § 153 StGB enthält ebenso wie § 154 StGB den Begriff der Zuständigkeit. Eine abweichende Meinung gegenüber der Zuständigkeit in § 154 StGB wäre nur dann gerechtfertigt, wenn auch bei fehlender Zuständigkeit im Gegensatz zu § 154 StGB ein Unrechtsgehalt der Tat gegeben wäre. Dies ist jedoch nicht der Fall. Wie bei der eidlichen vorsätzlichen Falschaussage richtet sich auch bei der uneidlichen vorsätzlichen Falschaussage der Angriff gegen die Rechtspflege. Daß aber die Natur der Rechtspflege und ihre Stellung eine Ausnahme von dem Grundsatz, daß ein Angriff auf die Rechtsordnung in der Form der Strafgesetze vorliegen muß, um einen strafrechtlich erheblichen Unrechtsgehalt zu begründen, nicht rechtfertigt, wurde bereits ausgeführt. Die Zuständigkeit in § 153 StGB ist daher ebenfalls Tatbestandsmerkmal 117).

Gleiches gilt für die falsche eidesstattliche Versicherung, deren Strafbarkeit § 156 StGB bestimmt. Die eidesstattliche Versicherung muß vor einer zuständigen Behörde abgegeben sein. Auch hier wäre eine von § 154 StGB abweichende Beurteilung des Begriffes der Zuständigkeit nur gerechtfertigt, wenn eine Verschiedenheit im Unrechtsgehalt vorläge. Das könnte aber wieder nur dann angenommen werden, wenn sich bei fehlender Zuständigkeit ein Angriff auf die Rechtsordnung feststellen ließe. Eine solche Feststellung kann aber nicht erfolgen. Entsprechend den bei § 113 und § 154 StGB ge-

116) Der E 1960 regelt die Strafbarkeit des Meineids in § 432 E 1960, der ebenso wie § 154 StGB den Begriff der Zuständigkeit enthält. Aus dem Wortlaut des § 432 E 1960 kann eine Änderung der Rechtsnatur des Begriffes der Zuständigkeit nicht entnommen werden.

117) vgl. Schönke-Schröder, 10, § 153, Anm. II 1; Maurach, II 3, S. 596. Nach Kohlrausch-Lange, 42, § 153, Anm. VII i.V.m. § 154, Anm. V 3 muß sich der Vorsatz auf die Zuständigkeit erstrecken; a.A. ist Welzel, der die Zuständigkeit der Rechtswidrigkeit zuordnet; vgl. Welzel, 7, S. 450; vgl. weiter auch Welzel JZ 1952, 133 ff. Es wurde bereits ausgeführt, daß der Ansicht Wetzels, die Zuständigkeit der Rechtswidrigkeit zuzuordnen, aus grundsätzlichen Erwägungen heraus nicht gefolgt werden kann. Vgl. zur Regelung des Entwurfs 1960 § 431 E 1960 und E 1960, Begründung zu § 431, S. 573 ff. Der Wortlaut des § 431 E 1960 gibt zu einer anderen Auslegung als der, daß die Zuständigkeit Tatbestandsmerkmal ist, keinen Anhaltspunkt.

brachten Ausführungen müßte bei § 156 StGB eine besondere Situation angenommen werden, die eine Ausnahme von dem Grundsatz rechtfertigt, daß ein strafrechtlich erheblicher Unrechtsgehalt nur vorhanden ist bei Verletzung eines Strafgesetzes. Die Gründe, die bei § 113 StGB gebracht wurden, müssen hier ausscheiden, bei der Abnahme von eidesstattlichen Versicherungen kann der Behörde kein über die Zuständigkeit hinausgehender "Spielraum" gewährt werden. Ein solcher kann nur dann zugestanden werden, wenn es der Behörde im Einzelfall auch bei genauester Prüfung nicht sofort möglich ist, festzustellen, ob sie zuständig ist und sie trotzdem die Versicherung entgegennehmen muß und weiterhin bei Nichtentgegennehmen eine Gefahr für die Rechtsordnung gegeben wäre.

Bereits das erste Erfordernis ist nicht gegeben. Der Behörde muß in einem Rechtsstaat immer zugemutet werden, festzustellen, ob sie zur Entgegennahme zuständig ist. Weiterhin wäre auch keinesfalls der Zwang zu sofortiger Entgegennahme gegeben. Ein "Spielraum" kann daher nicht zugestanden werden. Eine vor einer unzuständigen Behörde abgegebene eidesstattliche Versicherung enthält daher kein strafrechtlich erhebliches Unrecht. Es scheint zwar zunächst möglich, die Zuständigkeit in § 156 StGB als Tatbestandsmerkmal ¹¹⁸⁾ oder als objektive Bedingung der Strafbarkeit ¹¹⁹⁾ anzusehen, auf Grund der vorangegangenen Überlegungen muß die Zuständigkeit aber als Merkmal des Tatbestandes angesehen werden.

118) vgl. Maurach, II 3, S. 603, 604; Schönke-Schröder, 10, § 156, Anm. IV; Leipz. Ktr. II 8, § 156, Anm. 3. Nach Kohlrausch-Lange, 42, § 156, Anm. IV muß sich der Vorsatz auf die Zuständigkeit erstrecken; vgl. auch Schwarz-Dreher, 23, § 156, Anm. 3; BGH 1, 13. Die Strafbarkeit einer falschen eidesstattlichen Versicherung regelt der Entwurf 1960 in § 434 E 1960, der das Merkmal der "zuständigen Stelle" enthält. Aus dem Wortlaut des § 434 E 1960 läßt sich eine andere Ansicht (d.h. die Ansicht, die Zuständigkeit sei kein TB Merkmal) nicht begründen. Vgl. dazu auch E 1960 Begründung zu § 434 S 575, 576.

119) vgl. Niese, NJW 1949, 812 ff., (insbesondere S. 814).

Eine dritte Möglichkeit, die Zuständigkeit der Rechtswidrigkeit zuzuordnen ¹²⁰⁾, kann aus den bereits ausgeführten Gründen ¹²¹⁾ nicht angenommen werden. Die Zuständigkeit der Behörde in § 156 StGB ist Tatbestandsmerkmal.

In § 164 StGB ist der Begriff der Zuständigkeit der Beamten enthalten. Die falsche Anschuldigung, die bei einem Beamten erfolgt, ist nur dann strafbar, wenn der Beamte zur Entgegennahme zuständig war. Von erheblicher Bedeutung ist es wieder, ob die Zuständigkeit des Beamten Tatbestandsmerkmal ¹²²⁾, objektive Bedingung der Strafbarkeit oder ob sie der Rechtswidrigkeit zuzuordnen ¹²³⁾ ist. Dabei scheidet die letzte Möglichkeit auf Grund der bereits dargelegten Überlegungen ¹²¹⁾ aus. Als Möglichkeiten bleiben daher, die Zuständigkeit als Tatbestandsmerkmal oder als objektive Strafbarkeitsbedingung aufzufassen. Die Frage nach der Rechtsnatur des Begriffes der Zuständigkeit läßt sich auch für § 164 StGB nur in der Weise beantworten, daß untersucht wird, ob eine falsche Anschuldigung vor einem unzuständigen Beamten strafrechtliches Unrecht enthält. Nur in diesem Fall kann die Zuständigkeit als objektive Strafbarkeitsbedingung angesehen werden. Dabei ist wieder davon auszugehen, daß grundsätzlich ein strafrechtliches Unrecht (das mit der Strafbarkeit gleichgesetzt werden kann, soweit keine objektiven Strafbarkeitsbedingungen enthalten sind) nur vorliegt, wenn die Tat strafbar ist. Die Ausnahmen werden durch die objektiven Strafbarkeitsbedingungen gebildet. Es muß nun bei der Untersuchung, ob eine solche Ausnahme vorliegt, ein strenger Maßstab angelegt werden. Es muß so sein, daß die Vermutung für die Zugehörigkeit eines Begriffes zum Tatbestand spricht. Nur in begründeten Ausnahmefällen kann dahingehend entschieden werden, daß auch bei Fehlen dieses Begriffes ein strafrechtliches Unrecht vorliege (das dann allerdings nicht strafbar ist, da die erforderliche objektive Strafbarkeitsbedingung fehlt).

120) vgl. Welzel, 7, S. 453 i.V.m. S. 450; vgl. ferner Welzel, JZ 1952, 133 ff.

121) S. 17 ff.

122) vgl. Leipz. Ktr. II 8, § 164, Anm. 5 c.

123) vgl. Welzel, 7, S. 445; vgl. ferner Welzel JZ 1952, 133 ff.

Damit eine falsche Anschuldigung vor einem unzuständigen Beamten strafrechtliches Unrecht ist, muß daher eine Ausnahmesituation vorliegen. Eine Parallele zu § 113 StGB läßt sich dabei nicht ziehen, der Gedanke eines dem Beamten notwendigerweise zuzubilligenden Spielraumes kann nicht durchgreifen. Für einen solchen Spielraum besteht keine Notwendigkeit, denn eine Parallele läßt sich viel eher als zu § 113 StGB zu den Aussagedelikten ziehen. Sowohl die falsche Anschuldigung als auch die Aussagedelikte haben als Angriffsobjekt die staatliche Ordnung auf dem Gebiet der Rechtspflege. Daß aber von Rechtspflege nur solange gesprochen werden kann, als die Zuständigkeit dazu gegeben ist, wurde bereits dargelegt ¹²⁴⁾. Auch eine der Exekutive entsprechende exponierte Stellung kann der Rechtspflege nicht zugesprochen werden. Der die Anzeige entgegennehmende Beamte bedarf keines besonderen strafrechtlichen Schutzes. Dies gilt ebenso für den hinter dem Beamten stehenden Staat auf dem Gebiet der Rechtspflege. Eine sonstige Ausnahmesituation ist nicht erkennbar. Die Zuständigkeit des Beamten muß daher entsprechend der Vermutung als Merkmal des Tatbestandes angesehen werden ¹²⁵⁾, so daß sich der Vorsatz auf sie beziehen muß, § 59 StGB.

§ 327 StGB bestimmt die Strafbarkeit der Verletzung der gegen ansteckende Krankheiten getroffenen Maßregeln. Erforderlich sind Maßregeln der zuständigen Behörde. Wieder ist zu untersuchen, ob der Grundsatz, daß strafrechtliches Unrecht gleichbedeutend ist mit strafbarem Unrecht, durchbrochen wird. Nur in diesem Fall kann die Zuständigkeit objektive Strafbarkeitsbedingung sein. Die Möglichkeit, die Zuständigkeit der Rechtswidrigkeit zuzuordnen ¹²⁶⁾, muß wieder ausscheiden. Für eine Ausnahmesituation fehlen die Anhaltspunkte. Es ist im Gegenteil aus § 327 StGB zu entnehmen, daß ein solcher Ausnahmefall nicht gegeben ist, daß bei fehlender Zuständigkeit die Verletzung der angeordneten Maßregel überhaupt

¹²⁴⁾ S. 37, 38.

¹²⁵⁾ Der E 1960 bestimmt die Strafbarkeit der falschen Verdächtigung in § 444. Auch in § 444 E 1960 ist der Begriff der Zuständigkeit enthalten, jedoch läßt sich eine der Auffassung der Zuständigkeit als Tatbestandsmerkmal widersprechende Ansicht aus dem Wortlaut des § 444 E 1960 nicht herleiten.

¹²⁶⁾ vgl. Welzel, 7, S. 399; vgl. ferner Welzel, JZ 1952, 133 ff.

kein strafrechtliches Unrecht beinhaltet. § 327 StGB soll die Maßregeln, die zum Schutz gegen ansteckende Krankheiten getroffen werden, in ihrem Bestand sichern helfen. Dabei soll dieser strafrechtliche Schutz letzten Endes nur solchen Maßregeln zukommen, die tatsächlich "verhüten" können, wobei dies natürlich nicht in dem Sinne gelten soll, daß jeder etwa die Wirksamkeit der einzelnen Maßregel nachprüfen könnte mit der Folge, daß sich der Vorsatz darauf beziehen müßte. Dies wäre ein naturgemäß nicht annehmbares Ergebnis. Maßregeln, die geeignet sind, Ansteckung zu "verhüten", können aber nicht von beliebigen Behörden getroffen werden. Um zur Wirksamkeit gelangen zu können, müssen vielmehr ärztliche Gesichtspunkte im Vordergrund gestanden haben. Der die Maßregel betreffende einzelne Beamte muß entweder selbst eine ärztliche Fachausbildung haben oder zumindest seine Maßregeln auf ein ärztliches Gutachten (nicht im förmlichen Sinn) stützen können. Dieses Erfordernis schränkt den Kreis der Behörden, die eine dem Zweck des § 327 StGB entsprechende Anordnung erlassen können, bereits erheblich ein. Aus dem Grundgedanken einer wirksamen Maßregel heraus ergibt sich aber bereits, daß die von einer unzuständigen Behörde ausgesprochene Maßregel strafrechtlichen Schutz auch nicht in der Weise beanspruchen kann, daß bei fehlender Zuständigkeit trotzdem zwar strafrechtliches, aber nicht strafbares Unrecht vorliegt. Eine nicht von fachlicher Sachkunde getragene Maßregel fällt nicht in den Bereich, den der Zweck des § 327 StGB umgrenzt. Da einen strafrechtlichen Schutz nur wirksame Maßregeln erfordern, diese aber nur von den zuständigen Behörden erlassen werden können, ist eine von einer unzuständigen Behörde getroffene Maßregel, zumindest möglicherweise, unwirksam. Eine Verletzung einer solchen unwirksamen Maßregel ist aber kein Unrecht. Daraus folgt, daß die Zuständigkeit eine mehr als lediglich lose Unrechtsbezogenheit aufweist, sie kann daher nicht objektive Strafbarkeitsbedingung sein. Die Zuständigkeit der Behörde in § 327 StGB ist Tatbestandsmerkmal¹²⁷⁾ und muß daher vom Vorsatz umfaßt sein.

127) vgl. dazu Frank, 18, § 327, Anm. III; v. Olshausen, 10, § 327, Anm. 7. Schönke-Schröder, 10, § 327, Anm. II 2 und III; Leipz. Ktr., II 8, § 327, Anm. X; Schwarz-Dreher, 23, § 327, Anm. 2. Der Entwurf 1960 stellt in § 331 die Verbreitung übertragbarer Krankheiten unter Menschen unter Strafe. Das Merkmal der Zuständigkeit ist in § 331 E 1960 nicht mehr enthalten.

Wie in § 327 StGB ist auch in § 328 StGB das Merkmal der Zuständigkeit enthalten. § 328 StGB entspricht in seinem wesentlichen Aufbau dem § 327 StGB, es kann daher auf Ausführungen zu § 328 StGB verzichtet werden, die zu § 327 StGB gebrachten gelten entsprechend. Die Zuständigkeit der Behörde in § 328 StGB ist Tatbestandsmerkmal 128).

§ 348 Abs. 1 StGB bestimmt, daß der beurkundende Beamte innerhalb seiner Zuständigkeit gehandelt haben muß. Auch bei der Falschbeurkundung im Amt kann eine Ausnahmesituation nicht festgestellt werden. Es gilt daher die allgemeine Vermutung, daß in § 348 Abs. 1 StGB objektive Strafbarkeitsbedingungen nicht enthalten sind. Es kann daher vermutet werden, daß die Zuständigkeit des Beamten Merkmal des Tatbestandes ist. Diese Vermutung wird erhärtet durch die Richtung, die der durch die Falschbeurkundung begangene Angriff aufweist. Durch § 348 Abs. 1 StGB werden die Reinheit der Amtsführung und das Vertrauen der Allgemeinheit in die öffentlichen Urkunden geschützt. Objektive Strafbarkeitsbedingung könnte die Zuständigkeit nur dann sein, wenn eine Falschbeurkundung auch bei fehlender Zuständigkeit einen strafrechtlichen Unrechtsgehalt aufweisen würde, aber dabei straflos wäre. Ein solcher Unrechtsgehalt könnte aber, wie gesagt, nur ausnahmsweise angenommen werden. Grundsätzlich liegt ein strafrechtlicher Unrechtsgehalt nur vor bei einer strafbaren Handlung. (Dabei soll lediglich das Verhältnis zwischen Tatbestand und objektiver Strafbarkeitsbedingung betrachtet werden, d.h. das Vorhandensein aller übrigen Verbrechensmerkmale soll als gegeben unterstellt werden.) Eine Ausnahme wäre dann gerechtfertigt, wenn trotz fehlender Zuständigkeit die Falschbeurkundung einen Angriff auf den Staat und damit auf die Gemeinschaft enthielte. Eine solche Falschbeurkundung bei fehlender Zuständigkeit kann aber nicht als Unrecht angesehen werden.

128) vgl. dazu Schönke-Schröder, 10, § 328, Anm. I i.V.m. § 327, Anm. II 2 und III; Leipz. Ktr. II 8, § 328, Anm. III i.V.m. § 327, Anm. X; Frank, 18, § 328, Anm. I i.V.m. § 327, Anm. III. Der E 1960 bestraft in § 332 die Verbreitung von Krankheitserregern unter gewissen Tieren. Der Zuständigkeitsbegriff ist in § 332 E 1960 nicht mehr enthalten.

Geschützt ist die Reinheit der Amtsführung. Von der Führung eines Amtes kann aber nur solange gesprochen werden, als die Zuständigkeit gegeben ist. Die Lage ist ähnlich wie bei der Rechtspflege. Fehlt die Zuständigkeit, so entfällt das Rechtsgut, gegen das ein möglicher Angriff gerichtet werden kann. Da das Rechtsgut entfällt, liegt auch kein Angriff gegen die Gemeinschaft vor, da kein Angriff gegen die Gemeinschaft vorliegt, ist die Tat kein Unrecht.

Geschützt ist weiterhin das Vertrauen der Allgemeinheit in die öffentlichen Urkunden. Ein Beamter kann nun eine Beurkundung nur dann rechtmäßig vornehmen, wenn er zuständig ist. Geschützt ist aber in jedem Fall das Vertrauen der Allgemeinheit in öffentliche Urkunden nur dann, wenn die Beurkundung rechtmäßig ist. Das Vertrauen der Allgemeinheit in öffentliche Urkunden kann daher durch § 348 Abs. 1 StGB nur solange geschützt sein, als der beurkundende Beamte zuständig ist. Bei fehlender Zuständigkeit entfällt auch das zweite Rechtsgut, ein Angriff gegen die Gemeinschaft ist nicht mehr möglich. Da ein Angriff gegen die Gemeinschaft nicht vorliegt, ist die Tat kein Unrecht.

Damit aber folgt, daß die Zuständigkeit keine objektive Bedingung der Strafbarkeit sein kann. Die Zuständigkeit des Beamten in § 348 Abs. 1 StGB ist Tatbestandsmerkmal¹²⁹⁾ und muß daher vom Vorsatz des Täters umfaßt sein.

Als eine weitere Strafvorschrift enthält § 360 Ziffer 8 StGB den Begriff der Zuständigkeit. Nach § 360 Ziffer 8 StGB ist die Verweigerung oder die unrichtige Angabe nur dann strafbar, wenn die Zuständigkeit der Behörde, des Beamten oder des Soldaten der Bundeswehr gegeben ist. Es gilt für die Bestimmung der Rechtsnatur der Zuständigkeit wieder das bereits Ausgeführte¹³⁰⁾. Objektive Bedingung der Strafbarkeit könnte die Zuständigkeit nur dann

129) vgl. hierzu Frank, 18, § 348, Anm. I 4; Schönke-Schröder, 10, § 348, Anm. II 4. Im E 1960 findet sich die Regelung der Strafbarkeit der Falschbeurkundung im Amt in § 307 E 1960. Vgl. hierzu E 1960, Begründung zu § 307, S. 448; Welzel zählt die Zuständigkeit zur Rechtswidrigkeit; vgl. Welzel, 7, S. 353; vgl. auch Welzel, JZ 1952, 133 ff.

130) vgl. S. 25 ff.

sein, wenn die Vermutung der Zugehörigkeit zum Tatbestand durch das Vorliegen eines Ausnahmefalles entkräftet würde. Ein solcher Ausnahmefall liegt aber nicht vor. Soweit die Verweigerung oder die unrichtige Angabe einer unzuständigen Behörde, einem unzuständigen Beamten oder einem unzuständigen Soldaten der Bundeswehr gegenüber erfolgt, liegt ein strafrechtliches Unrecht nicht vor, denn eine solche Handlung enthielte keinen Angriff auf den Staat. Zwar kann man den in § 360 Ziffer 8 StGB geschützten Bereich staatlicher Tätigkeit zur Exekutive rechnen, jedoch erfordert dieser spezielle Bereich die Zubilligung eines Spielraumes nicht. Strafrechtliches Unrecht liegt daher bei fehlender Zuständigkeit nicht vor. Der Begriff der Zuständigkeit in § 360 Ziffer 8 StGB ist Merkmal des Tatbestandes ¹³¹⁾.

Entsprechendes gilt für den Begriff der Zuständigkeit in § 360 Ziffer 12 StGB. Bei § 360 Ziffer 12 StGB ist es ersichtlich, daß bei fehlender Zuständigkeit kein Unrechtsgehalt vorhanden ist, denn § 360 Ziffer 12 StGB ist eine Blankettnorm. § 360 Ziffer 12 StGB erlangt erst dann eine strafrechtliche Wirksamkeit, wenn die betreffenden Gesetze oder Anordnungen erlassen worden sind. Erst von diesem Zeitpunkt an ist eine nach § 360 Ziffer 12 StGB strafbare Handlung und damit ein Angriff auf die Rechtsordnung gegeben. Die Rechtsordnung reicht im Falle des § 360 Ziffer 12 StGB nur soweit, als die Zuständigkeit gegeben ist. Es ist nun aber kein Grund vorhanden, das Zuwiderhandeln gegen eine von einer im Sinne des § 360 Ziffer 12 StGB unzuständigen Behörde erlassenen Anordnung als strafrechtliches Unrecht anzusehen. Dies folgt auch aus der besonderen Natur der Blankettnorm des § 360 Ziffer 12 StGB. Die Anordnungen der zuständigen Behörde im Sinne des § 360 Ziffer 12 StGB müssen Rechts VO sein. Eine Rechts VO kann aber nach allgemeinen Grundsätzen nur dann Geltung beanspruchen, wenn die anordnende Behörde zuständig zum Erlass der VO war. Würde man bei fehlender Zuständigkeit eine strafrechtliche Unrechtsbezogen-

131) vgl. dazu Leipz. Ktr. II 8, § 360, Anm. VIII 5; Welzel rechnet die Zuständigkeit zur Rechtswidrigkeit; vgl. Welzel, 7, S. 437; Welzel JZ 1952, 133 ff. Im E 1960 ist eine Regelung mit dem Inhalt des § 360 Ziffer 8 StGB nicht enthalten; vgl. E 1960, Anhang, S. 645.

heit annehmen, so würde man der Legislative (im materiellen Sinn) einen Spielraum zubilligen, der ihr in einem freiheitlichen Rechtsstaat im Sinne des GG nicht zukommen kann. Die Zuständigkeit bei § 360 Ziffer 12 StGB ist Tatbestandsmerkmal ¹³²⁾.

Nach § 363 StGB wird bestraft, wer trotz eines Verbots der zuständigen Dienststelle gewisse militärische Anlagen, Einrichtungen und Örtlichkeiten betritt. Erforderlich ist ein Verbot der zuständigen Dienststelle. Es gilt das zu § 360 Ziffer 12 StGB Gesagte entsprechend, denn auch § 363 StGB ist ein Blankettstrafgesetz, das strafrechtliche Wirksamkeit erst durch Erlaß des Verbotes erlangt. Zum Begriff der Rechtsordnung zählt aber wieder, daß die Norm als Bestandteil dieser Rechtsordnung von der dafür zuständigen Stelle geschaffen wird. Eine von einer unzuständigen Stelle geschaffene Norm kann kein wirksamer Bestandteil der Rechtsordnung sein. Die Übertretung eines von einer unzuständigen Stelle erlassenen Verbotes kann daher kein strafrechtliches Unrecht sein. Dem Staat einen erhöhten Strafschutz, einen "Spielraum" zu gewähren, ist nicht möglich, denn das würde zu einer unzulässigen, mit dem GG nicht zu vereinbarenden Ausweitung des staatlichen Machtbereiches gegenüber dem einzelnen Bürger führen. Es läßt sich auch kein Grund anführen, der, etwa um einer erhöhten Bestandsgarantie des Staates willen, eine solche Ausweitung rechtfertigen könnte. Nur wenn ein solcher Ausnahmefall vorliegt, ist es möglich, strafrechtliches Unrecht anzunehmen. Da sich jedoch dafür keine Gründe anführen lassen, ist bei fehlender Zuständigkeit die Übertretung eines Verbotes im Sinne des § 363 StGB kein strafrechtliches Unrecht. Die Zuständigkeit der Dienststelle in § 363 StGB ist daher Tatbestandsmerkmal ¹³³⁾.

4) Zusammenfassung

Zusammenfassend kann festgestellt werden:

Grundsätzlich ist alle unrechtsbezogene Materie "intensiv" unrechtsbezogen, d.h. grundsätzlich ist alle unrechtsbezogene Ma-

132) Im E 1960 ist eine Regelung mit dem Inhalt des § 360 Ziffer 12 StGB nicht enthalten; vgl. E 1960, Anhang, S. 645.

133) Im E 1960 ist eine Regelung mit dem Inhalt des § 363 StGB nicht enthalten; vgl. E 1960, Anhang, S. 645.

terie im Tatbestand aufzufinden. Dieser Grundsatz entspricht auch den Forderungen eines reinen Schuldstrafrechts. Ausnahmsweise sind gewisse Bestandteile der unrechtsbezogenen Materie weniger intensiv unrechtsbezogen. Fehlen sie, so ist der zurückbleibende Teil der Unrechtsmaterie noch so groß, daß noch von strafrechtlichem Unrecht gesprochen werden kann. Objektive Strafbarkeitsbedingungen sind daher Ausnahmen. Da feststand, daß die Zuständigkeit unrechtsbezogen ist, galt es den jeweiligen Grad der Unrechtsbezogenheit festzustellen. Es galt festzustellen, ob "ausnahmsweise" trotz fehlender Zuständigkeit ein Unrechtsgehalt der Tat noch vorhanden ist. Diese Ausnahme bedurfte jedoch einer Begründung. Festgestellt konnte das Vorliegen einer solchen Ausnahmesituation nur bei den verschiedenen Formen des Widerstandes gegen die Staatsgewalt werden. Bei allen sonstigen, die Zuständigkeit enthaltenden Vorschriften war die Annahme einer Ausnahmesituation nicht gerechtfertigt. Daraus folgte, daß die Zuständigkeit des Beamten und der Behörde grundsätzlich Tatbestandsmerkmal ist. Lediglich bei den §§ 110, 113, 116, 117 StGB ist die Zuständigkeit, bzw. die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung objektive Bedingung der Strafbarkeit.

II. Teil

Abstrakte und konkrete Zuständigkeit

1. Abschnitt: Allgemeine Vorbemerkungen

1) Das Verhältnis von abstrakter und konkreter Zuständigkeit

Für die Strafbarkeit der Tat ist es von erheblicher Bedeutung, ob die Zuständigkeit des Beamten und der Behörde abstrakt oder konkret gegeben sein muß. Abstrakte Zuständigkeit bedeutet dabei die Zuständigkeit auf Grund der Gesetze, insbesondere des Verfahrensrechts, gewisse Handlungen "allgemein" vorzunehmen ¹⁾. Für abstrakte Zuständigkeit könnte man daher auch allgemeine oder generelle Zuständigkeit setzen. Dabei kann von abstrakter, allgemeiner oder genereller Zuständigkeit nur in sachlicher Hinsicht gesprochen werden, wie noch zu zeigen sein wird. Den Gegensatz zur abstrakten Zuständigkeit bildet die konkrete Zuständigkeit. Diese ist gegeben, wenn der Beamte oder die Behörde im Einzelfall zuständig ist.

"Abstrakte Zuständigkeit" bildet einen weiteren Begriff, denn sie umfaßt die konkrete Zuständigkeit in der Weise, daß auch die abstrakte Zuständigkeit vorliegt, falls die konkrete gegeben ist. Dies gilt jedenfalls solange, als man von einer nur für einen bestimmten Einzelfall gesetzlich begründeten Zuständigkeit absieht. Dies kann aber ohne weiteres geschehen, da für die im Strafbuch in Frage kommenden Fälle eine solche lediglich einmalige konkrete Zuständigkeit nicht möglich erscheint. Es kann daher davon ausgegangen werden, daß die abstrakte Zuständigkeit immer dann vorliegt, wenn die konkrete Zuständigkeit gegeben ist.

1) Zur Frage des Gegensatzes der Begriffe "abstrakt" und "konkret" in Logik und Ontologie vgl. Engisch, Konkretisierung, S. 1 ff., Kap. 1. Zur Verwendung dieser Begriffe in der Rechtspraxis vgl. Engisch a.a.O., S. 50 ff., Kap. 2. Engisch zeigt hier insbesondere die Vieldeutigkeit dieser Begriffe auf. vgl. weiter Schwarz-Dreher, 23, § 154, Anm. 2 A; Schönke-Schröder, 10, § 154, Anm. III 1.

2) Abstrakte Zuständigkeit als abstrakte sachliche Zuständigkeit

Im folgenden werden die Begriffe abstrakte und konkrete Zuständigkeit verwendet werden. Diese Unterscheidung, die Trennung in einen weiteren Begriff, die abstrakte Zuständigkeit, und in einen engeren Begriff, die konkrete Zuständigkeit, kann nur für den Bereich der sachlichen Zuständigkeit sinnvoll erscheinen. Eine derartige Unterscheidung auch bei der örtlichen Zuständigkeit vorzunehmen, ist begrifflich ausgeschlossen. Versucht man, eine derartige Grenzziehung trotzdem zu erreichen, so muß man alsbald feststellen, daß alle denkbaren Fälle, in denen zwar eine abstrakte, nicht aber die konkrete örtliche Zuständigkeit vorliegt, nicht das Gebiet der örtlichen, sondern der sachlichen Zuständigkeit berühren. Der Weg, zu prüfen, ob eine Unterscheidung in abstrakte und konkrete örtliche Zuständigkeit möglich ist, ist der, festzustellen, ob eine Unterscheidung sinnvoll ist, denn eine Unterscheidung lediglich um ihrer selbst willen zu treffen, würde eine verschiedene Namensgebung für den gleichen Begriff bedeuten.

Die Trennung in abstrakt und konkret ist nur dann vorzunehmen, wenn zumindest ein Fall denkbar ist, in dem zwar eine abstrakte örtliche Zuständigkeit gegeben ist, nicht aber eine konkrete örtliche Zuständigkeit. Ein solcher Fall ist aber nicht denkbar. Die örtliche Zuständigkeit ist entweder gegeben oder nicht gegeben. Wie schon gesagt, stellt sich heraus, daß alle Grenzfälle, die auf den ersten Blick für eine abstrakte örtliche Zuständigkeit sprechen, die sachliche Zuständigkeit berühren, im Einzelfall die sachliche Zuständigkeit ausschließen. Es gibt daher nur eine örtliche Zuständigkeit. Um einen staatlichen Strafanspruch zu erzeugen, muß diese örtliche Zuständigkeit gegeben sein. Im weiteren wird daher, bei der Feststellung, ob die Zuständigkeit abstrakt oder konkret sein soll, dieser Begriff in der Weise verwendet, daß er lediglich die sachliche Zuständigkeit bedeuten soll. Zuständigkeit ist im folgenden gleichbedeutend mit sachlicher Zuständigkeit.

3) Abstrakte Zuständigkeit und Verletzung des Rechtsguts

Auszugehen ist bei der Untersuchung, ob die Zuständigkeit abstrakt oder konkret gegeben sein muß, von der Feststellung, daß, soweit die konkrete Zuständigkeit gegeben ist, auch die abstrakte vorliegt, daß die konkrete Zuständigkeit ein engerer, die abstrakte ein weiterer Begriff ist. Fordert man zunächst, um einen festen Ausgangspunkt zu gewinnen, in allen Fällen eine konkrete Zuständigkeit, so ist damit zugleich auch immer die abstrakte Zuständigkeit gegeben. Damit nimmt man einen Standpunkt ein, der eine möglichst günstige Position für den Täter schafft, denn mehr als eine konkrete Zuständigkeit kann er nicht verlangen. Durch das Erfordernis der konkreten Zuständigkeit schränkt man den unter der staatlichen Strafdrohung stehenden Bereich erheblich ein, denn bei lediglich abstrakter Zuständigkeit ist naturgemäß die Anzahl der Verstöße gegen die Strafdrohung um ein Erhebliches größer.

Weitergehend ist nun zu fragen, ob es Fälle gibt, in denen konkrete und damit zugleich abstrakte Zuständigkeit nicht gefordert werden kann. Da es nicht möglich ist, konkrete Zuständigkeit zu fordern, aber auf abstrakte Zuständigkeit zu verzichten (die konkrete setzt die abstrakte voraus), ist die einzige weitere Möglichkeit die, die abstrakte Zuständigkeit für das Entstehen des Strafanspruches ausreichend sein zu lassen, aber auf die konkrete zu verzichten. Diese weitere Möglichkeit ist dann die allein richtige, wenn auch bei nur abstrakter Zuständigkeit durch die Tat das in der jeweiligen Vorschrift geschützte Rechtsgut nicht völlig unerheblich verletzt wird. Liegt bereits bei abstrakter Zuständigkeit eine solche nicht völlig unerhebliche Verletzung vor, so muß für die betreffende Vorschrift abstrakte Zuständigkeit ausreichen. Eine konkrete Zuständigkeit ist dann nicht erforderlich. Das geschützte Rechtsgut ist im Wege der teleologischen Auslegung zu ermitteln. Maßgebend ist der Zweck der betreffenden Vorschrift, der zur Zeit der Anwendung gilt. Maßgebend sind die heute gültigen Wertvorstellungen, an ihnen ist der Zweck einer Vorschrift

in erster Linie auszurichten. Ist das geschützte Rechtsgut auf diesem Weg ermittelt, so ist die Frage zu beantworten, ob das Rechtsgut durch die Tat bei abstrakter Zuständigkeit nicht völlig unerheblich verletzt wird. Liegt eine solche Verletzung vor, so ist für die betreffende Norm abstrakte Zuständigkeit zu fordern, diese ist aber dann auch ausreichend. Der Täter kann sich nicht damit entschuldigen, der Beamte oder die Behörde sei zwar allgemein zuständig, jedoch fehle im konkreten, in seinem Falle die Zuständigkeit.

4) Abstrakte und konkrete Zuständigkeit im Verhältnis zu objektiver Strafbarkeitsbedingung und Tatbestandsmerkmal

Die Unterscheidung in abstrakte und konkrete Zuständigkeit und die Untersuchung, ob die konkrete und damit auch die abstrakte oder nur die abstrakte Zuständigkeit vorliegen muß, ist unabhängig davon, ob die Zuständigkeit als solche im Aufbau der betreffenden Norm als Tatbestandsmerkmal oder als objektive Bedingung der Strafbarkeit anzusehen ist. Die Trennung in Tatbestandsmerkmal und objektive Strafbarkeitsbedingung ist bedingt durch die fehlende Schuldbezogenheit der objektiven Strafbarkeitsbedingung im Gegensatz zum Tatbestandsmerkmal. Die Frage des Unrechtsgehaltes, der Schuldbezogenheit taucht bei der Trennung abstrakt - konkret nicht auf. Lediglich die Frage der Rechtsgutverletzung ist zu beantworten. Ist durch die Tat das Rechtsgut verletzt, so ist, mag dies bei konkreter oder auch lediglich abstrakter Zuständigkeit geschehen, die Tat objektiv strafbar, unabhängig davon, ob die Zuständigkeit Tatbestandsmerkmal oder objektive Strafbarkeitsbedingung ist. Ob den Täter tatsächlich eine Strafe erwartet, ist eine weitere Frage, deren Beantwortung davon abhängt, ob die Voraussetzungen der Strafbarkeit in subjektiver Hinsicht gegeben sind. Ob dies der Fall ist, mag oft davon abhängen, ob die Zuständigkeit Tatbestandsmerkmal oder objektive Strafbarkeitsbedingung ist, für die Trennung in abstrakte und konkrete Zuständigkeit ist die Unterscheidung Tatbestandsmerkmal - objektive Strafbarkeitsbedingung unerheblich.

2. Abschnitt: Abstrakte oder konkrete Zuständigkeit
als Voraussetzung der Strafbarkeit

1) § 113 StGB

Wie bei der Untersuchung der Rechtsnatur der Zuständigkeit, der Beantwortung der Frage, ob die Zuständigkeit Tatbestandsmerkmal oder objektive Bedingung der Strafbarkeit ist, soll wieder von der wichtigsten Vorschrift des Sechsten Abschnittes des Zweiten Teils des StGB ausgegangen werden, von § 113 StGB.

Entsprechend dem vorher Gesagten ²⁾ ist die Hauptfrage, welches Rechtsgut durch § 113 StGB geschützt ist. Nun mag auf den ersten Blick hin die Antwort naheliegen, geschütztes Rechtsgut sei bei § 113 StGB wie bei allen Widerstandsdelikten ganz allgemein die Exekutive ³⁾. Zwar enthält diese Antwort einen richtigen Kern, ihr kann jedoch nicht allgemein zugestimmt werden. Wird unterstellt, geschütztes Rechtsgut des § 113 StGB sei die Exekutive als solche, so muß man feststellen, daß sich der strafrechtlich erhebliche Raum, die Grenze, die die strafrechtlich bedeutsamen Handlungen von den rechtmäßigen (im Sinne des StGB) abgrenzt, sehr weit gefaßt wird. Eine Vielzahl von Handlungen, die zunächst strafrechtlich völlig unerheblich erscheinen, stellt dann plötzlich, wie man feststellen muß, eine Verletzung des durch § 113 StGB geschützten Rechtsguts, der Exekutive dar. Freilich ist damit noch nicht gesagt, daß diese Handlungen auch im Einzelfall strafbar sind, denn Voraussetzung der Strafbarkeit ist die Erfüllung des Tatbestandes. Diese weitere Voraussetzung, die rechtsstaatlich von grundlegender Bedeutung ist, schränkt dann allerdings den oben erwähnten strafrechtlich erheblichen Raum ein,

2) vgl. S. 49 ff.

3) vgl. Kohlrausch-Lange, 43, § 113, Anm. I, der ausführt, § 113 StGB schütze neben dem Vollzug des Staatswillens auch den einzelnen Beamten, der daher Verletzter gemäß § 61 Nr. 2 StPO sei; vgl. auch Schönke-Schröder 10, § 113, Anm. I; Leipz. Ktr., I 8, § 113, Anm. I.

oder besser gesagt, sie schränkt ihn nicht ein, läßt nur die tatsächlichen Wirkungen seiner Verletzung, die Auslösung der Strafdrohung nicht in jedem Falle eintreten. Der strafrechtlich erhebliche Raum wäre daher größer als sein tatsächlicher Wirkungsbereich.

Nun läßt sich dagegen wohl wenig einwenden, aber andere, wohl viel erheblichere Bedenken bestehen. Eine solche Ausweitung des strafrechtlichen Raums gerade in einem Bereich, der das Verhalten des einzelnen zum Staat regelt, eine solche Verstärkung des staatlichen Strafschutzes, des Schutzbereichs, den der Staat sich selbst zubilligt, könnte wohl nicht zu Unrecht den Vorwurf auslösen, es bahne sich hier, zwar nicht offensichtlich, aber in der Sache doch wohl begründet, eine Rückkehr zum Polizeistaat an. Einem solchen schwerwiegenden Vorwurf muß ausgewichen werden, zumal er, wie schon gesagt, nicht zu Unrecht erhoben werden würde⁴⁾.

Um den Weg darzulegen, auf dem, immer unter Beschränkung auf die Strafvorschrift des § 113 StGB, diese Annäherung vermieden werden kann, muß zunächst davon ausgegangen werden, daß der Strafschutz nicht um seiner selbst willen vorhanden ist. Als oberste Aufgabe muß die strafrechtliche Norm die übergesetzlichen Werte schützen⁵⁾. Weiter soll sie aber auch die Ordnung des Lebens der Gemeinschaft garantieren und dort, wo sie verletzt ist, wieder herstellen helfen. Wenn man von dem Schutz der übergesetzlichen Werte zunächst einmal absieht, ist eine Aufgabe der Strafrechtsnorm der Schutz des Bestandes der Gemeinschaft, die den Staat bildet. Geschützt wird nicht der Staat als solcher, sondern der Staat als Form der menschlichen Gemeinschaft. Es muß daher bei der Exekutive als Teil der organisierten Gemeinschaft, des Staates beachtet werden, daß ihr der Strafschutz immer nur in dem

4) Die tatsächlichen Auswirkungen dieser Ausweitung wären noch verhältnismäßig gering, da die Grenze des Tatbestandes vorhanden ist. Dies gilt jedenfalls, soweit man das Gesamtgebiet der Strafrechtspflege betrachtet, für den einzelnen Betroffenen kann natürlich von geringer Bedeutung nicht gesprochen werden.

Gefährlicher als die tatsächlichen Folgen ist die Tendenz, die in solch einer Ausweitung der Staatsgewalt gerade auf dem Gebiet des Strafrechts liegt.

5) auf die Theorien über den Zweck der Strafe soll nicht eingegangen werden.

Umfang zugiebilligt werden kann, in dem die Exekutive für die Gemeinschaft eine aufbauende und erhaltende Wirkung entfaltet. Das Mitglied der staatlichen Gemeinschaft und die Exekutive stehen sich nicht klar abgegrenzt gegenüber, sondern stehen in einer wechselseitigen Beziehung. Exekutive und Ordnung der Gemeinschaft müssen daher in Beziehung zueinander gesetzt werden. Die Exekutive kann einen strafrechtlichen Schutz nur dann beanspruchen, wenn sie die Grenzen einhält, die die freiheitlich demokratische Grundordnung setzt. Das Rechtsgut muß daher zunächst einmal dazugehörend eingeschränkt werden, daß in Frage nur die rechtmäßig handelnde Exekutive kommt ⁶⁾. Die Rechtmäßigkeit setzt jene Beziehung zwischen Exekutive und Ordnung der Gemeinschaft, die ihren strafrechtlichen Schutz als gerechtfertigt erscheinen läßt.

Um für einen Augenblick zu dem Ausgangspunkt der Untersuchungen zurückzukehren, ist festzuhalten, daß hier lediglich die Zuständigkeit Problemstoff ist. Im Bewußtsein, daß die Zuständigkeit lediglich einen Teil der Rechtmäßigkeit ausmacht, daß die von einem zuständigen Beamten ausgeführte Handlung lediglich auf Grund der Zuständigkeit noch nicht rechtmäßig zu sein braucht ⁷⁾, soll im Folgenden die Rechtmäßigkeit nur in Gestalt der Zuständigkeit betrachtet werden. Rechtmäßige Handlung soll im Folgenden das gleiche bedeuten wie eine Handlung des zuständigen Beamten, oder, um bei dem als möglich erkannten Rechtsgut der rechtmäßigen Exekutive zu bleiben, die rechtmäßige Exekutive soll gleichgesetzt werden mit der zuständigen Exekutive. Geschütztes Rechtsgut des § 113 StGB ist daher zunächst, wobei sich jedoch eine weitere Einschränkung als erforderlich erweisen wird, die zuständige Exekutive ⁸⁾.

-
- 5) vgl. Maurach, II 3, S. 547, Maurach bezeichnet dort als das durch § 113 StGB geschützte Rechtsgut "... die rechtmäßig betätigte Vollstreckungsgewalt des Staates".
- 7) Neben der Zuständigkeit ist für die Rechtmäßigkeit der Amtshandlung die Beachtung der wesentlichen Förmlichkeiten erforderlich, ferner, soweit eine Ermessenshandlung vorliegt, pflichtgemäßes Ermessen. Weiter muß, soweit die Handlung im Auftrag eines Vorgesetzten vorgenommen wird, der Auftrag rechtmäßig sein. Vgl. Schönke-Schröder, 10, § 113, Anm. V 1, 2, 3, 5; vgl. auch Kohlrausch-Lange, 43, § 113, Anm. III 1, 2; BGH 4, 161 ff.
- 8) vgl. Maurach, II 3, S. 547. Maurach verwendet den Begriff "... rechtmäßig betätigte Vollstreckungsgewalt des Staates."

§ 113 StGB gewährt einen unmittelbaren Schutz dem einzelnen Beamten⁹⁾, nicht aber der Exekutive, als deren Organ der Beamte tätig wird. § 113 StGB enthält nicht die Formulierung "... und dadurch die Funktionsfähigkeit der Verwaltung (oder "Exekutive") gefährdet". Ein solcher Zusatz könnte die Annahme rechtfertigen, § 113 StGB bezwecke einen unmittelbaren Schutz der Exekutive. Die Annahme eines solchen Zwecks auch des geltenden § 113 StGB stößt jedoch auf ähnliche Bedenken, wie sie oben bereits geäußert wurden¹⁰⁾. Ein der Exekutive als solcher gewährter Strafschutz würde, auch wenn man die Bindung an die Rechtmäßigkeit, oder im Fall des § 113 StGB an die Zuständigkeit, beachtet, das Gebiet des Strafrechts ungerechtfertigt weit ausdehnen. Zwar würde ein staatlicher Strafanspruch auch hier wieder erst bei Erfüllung sämtlicher Merkmale des § 113 StGB entstehen, jedoch würde der Raum, der über den vom Strafanspruch unmittelbar beherrschten hinausreicht, zu weit ausgedehnt. Gegen die Annahme von zweierlei Arten strafrechtlich erheblichen Raumes läßt sich nichts einwenden, wie auch bereits bei der Unterscheidung von Tatbestandsmerkmal und objektiver Strafbarkeitsbedingung eine solche Bestimmung getroffen wurde¹¹⁾. Auch bei fehlender Zuständigkeit entbehrt die Tat (des § 113 StGB) nicht eines strafrechtlich erheblichen Unrechtsgehalts, da die Zuständigkeit objektive Strafbarkeitsbedingung ist. Allerdings muß dieser strafrechtlich erhebliche Unrechtsgehalt scharf von dem Unrechtsgehalt geschieden werden, der eine strafbare Handlung begründet, denn bei fehlender Zuständigkeit ist eben eine Widerstandsleistung nicht nach § 113 StGB zu bestrafen.

Die einzig weitere Möglichkeit ist die, daß die Exekutive als ganze lediglich mittelbar geschützt sein soll. Das bedeutet aber umgekehrt, daß die zuständige Exekutive in ihren einzelnen Berührungspunkten mit der Gemeinschaft geschützt ist. Geschütztes Rechtsgut des § 113 StGB ist daher die rechtmäßige Exekutive in

9) vgl. die Ausführungen des Bundesgerichtshofes in BGH 4, 164.

10) vgl. S. 53 ff.

11) vgl. S. 11 ff.

er Form der einzelnen Amtshandlung, im Einzelfall¹²⁾. Setzt man für rechtmäßig den Begriff "zuständig", so kann nun die Frage beantwortet werden, ob die Tat bei lediglich abstrakter Zuständigkeit das durch § 113 StGB geschützte Rechtsgut verletzt. Die Antwort liegt auf der Hand. Eine Tat bei lediglich abstrakter Zuständigkeit kann nicht das Rechtsgut der "im Einzelfall zuständigen" Behörde verletzen, denn im Einzelfall zuständig bedeutet nichts anderes als konkrete Zuständigkeit¹³⁾. Daß zur Verletzung des Rechtsgutes der im Einzelfall zuständigen Exekutive abstrakte Zuständigkeit nicht ausreicht, ist offensichtlich und bedarf keiner weiteren Begründung.

Grundvoraussetzung einer Bestrafung ist die Verletzung des durch die jeweilige Strafvorschrift geschützten Rechtsguts. Eine Tat bei abstrakter Zuständigkeit des Beamten verletzt das durch § 113 StGB geschützte Rechtsgut nicht. Da eine Verletzung nur bei konkreter Zuständigkeit des Beamten eintreten kann, ist die Rechtmäßigkeit in § 113 StGB dahingehend auszulegen, daß lediglich allgemeine Zuständigkeit nicht ausreicht. Erforderlich ist zur Begründung der Rechtmäßigkeit die konkrete Zuständigkeit des handelnden Beamten¹⁴⁾.

Dieses Ergebnis widerspricht nicht den Ausführungen, die bei der Bestimmung der Rechtsnatur des Begriffes der Zuständigkeit gemacht wurden¹⁵⁾. Dort wurde gesagt, auch bei fehlender Zuständigkeit beinhalte die Widerstandsleistung noch einen, wenn auch nicht den Strafanspruch auslösenden Unrechtsgehalt. Aus diesem

12) vgl. Kohlrausch-Lange, 43, § 113, Anm. I, der den Vollzug des Staatswillens und den einzelnen Beamten geschützt wissen will. Enthalten ist in seiner Definition des Zweckes des § 113 StGB weder das Merkmal "im Einzelfall", noch das der Rechtmäßigkeit; vgl. auch Schönke-Schröder, 10, § 113, Anm. I, der Kohlrausch-Lange zitiert; BGH 4, 163.

13) vgl. S. 49.

14) Der E 1960 will es auch in Zukunft der Rechtsprechung überlassen, die Voraussetzungen der Rechtmäßigkeit der Diensthandlung zu bestimmen; vgl. E 1960, Begründung zu § 419, S. 564.

15) vgl. S. 25 ff.

Grunde sei die Zuständigkeit objektive Bedingung der Strafbarkeit. Bei der Bestimmung der Rechtsnatur der Zuständigkeit wird bei fehlender Zuständigkeit dem Staat ein Strafschutz in der Weise zugebilligt, daß die Tat noch Unrechtsgehalt aufweisen soll. Daß später ausgeführt wird, bei lediglich abstrakter Zuständigkeit könne das geschützte Rechtsgut nicht verletzt werden, beinhaltet keinen Widerspruch. Dies folgt aus den verschiedenen Auswirkungen. Es ist zwar möglich, einen strafrechtlich erheblichen Raum anzuerkennen, in den Taten fallen können, die Unrechtsgehalt besitzen, aber nicht strafbar sind. Es ist aber demgegenüber ein großer Unterschied, wenn gesagt wird, die Exekutive allgemein sei kein geschütztes Rechtsgut, ihr könne kein Strafschutz zugebilligt werden. Würde man die Exekutive allgemein als geschütztes Rechtsgut annehmen, so wäre dementsprechend die Zuständigkeit in der Weise auszulegen, daß abstrakte Zuständigkeit ausreicht. Damit aber wäre nicht ein strafrechtlich erheblicher Raum geschaffen, der zwar strafrechtlich erhebliche, aber noch nicht strafbare Handlungen beinhalten würde. Es wäre damit die Grenze der tatsächlich strafbaren Handlungen unmittelbar weiter gezogen. Es erscheint daher zwar zulässig, bei fehlender Zuständigkeit einen Unrechtsgehalt anzunehmen, es ist dies noch vereinbar mit dem Erfordernis der Beachtung der freiheitlich demokratischen Grundordnung. Nicht möglich ist es dagegen, als geschütztes Rechtsgut die Exekutive allgemein zu bestimmen. Würde man dies tun, so wäre der Vorwurf eines Hintendierens zum Polizeistaat nicht unbegründet.

2) § 117 StGB

§ 117 StGB entspricht, soweit er hier zu untersuchen ist, im wesentlichen dem § 113 StGB ¹⁶⁾. § 117 StGB schränkt den Kreis der Vollstreckungsbeamten ein ¹⁷⁾. Er greift die Forst-, Jagd- und

16) vgl. Schwarz-Dreher, 23, § 117, Anm. 1; Leipz. Ktr., I 8, § 117, Anm. I; vgl. auch Schönke-Schröder, 10, § 117, Anm. I; Maurach, II 3, S. 557 ff; Kohlrausch-Lange, 43, § 117, Anm. V, VII.

17) wenn man lediglich die in § 117 StGB aufgeführten Beamtengruppen betrachtet, kann von einer Einschränkung gegenüber § 113 StGB gesprochen werden. Freilich erweitert § 117 StGB, wenn die weiteren, durch ihn geschützten Personen hinzugerechnet werden, diesen Personenkreis wieder; vgl. Schönke-Schröder, 10, § 117, Anm. I, II.

Fischereibeamtens heraus und gewährt ihnen, neben dem weiteren, hier jedoch nicht zu behandelnden Personenkreis, einen gegenüber § 113 StGB speziellen Strafschutz. Dieser Strafschutz gelangt jedoch nur, wie auch bei § 113 StGB zur Geltung, solange die Beamten rechtmäßig handeln, sich in der rechtmäßigen Ausübung ihres Amtes befinden. Auch hier beinhaltet der Begriff der Rechtmäßigkeit den der Zuständigkeit¹⁸⁾. Voraussetzung der Rechtmäßigkeit ist die Zuständigkeit des Beamten¹⁹⁾, auch hier kann nur der zuständige Beamte rechtmäßig handeln, wobei aber wieder die Zuständigkeit nur eine der Voraussetzungen der Rechtmäßigkeit ist. Die Frage, ob die Zuständigkeit des Beamten abstrakt oder konkret gegeben sein muß, um die Rechtmäßigkeit zu begründen, beantwortet sich ähnlich wie bei § 113 StGB. Dies folgt schon daraus, daß § 117 StGB, soweit er die Forst-, Jagd- und Fischereibeamtens betrifft, lediglich eine engere Fassung des § 113 StGB ist. Schützt § 113 StGB die rechtmäßige Exekutive, die im Einzelfall tätig wird, in allgemeiner Hinsicht, wird der Exekutive kein Rahmen gesetzt, so ist in § 117 StGB lediglich ein Teilgebiet der Exekutive geschützt²⁰⁾. Eine weitere Änderung ist jedoch nicht feststellbar²¹⁾. Insbesondere ist kein Wechsel des Schutzzweckes, des geschützten Rechtsgutes vorhanden. Die Einengung des Gebietes der Wirksamkeit ist unabhängig von dem geschützten Rechtsgut, das infolge der Einengung gegen Angriffe lediglich einer bestimmten Richtung geschützt wird.

Es gelten daher für § 117 StGB bei der Feststellung des geschützten Rechtsgutes die Ausführungen zu § 113 StGB entsprechend²²⁾. Auch bei § 117 StGB ist geschütztes Rechtsgut die rechtmäßig handelnde Exekutive im Einzelfall. Setzt man wieder für rechtmäßig den Begriff zuständig, so ist, unter Außerachtlassung der übrigen Bestandteile des Begriffes der Rechtmäßigkeit, das geschützte

18) vgl. hierzu RG 23, 357; 38, 373.

19) vgl. Schönke-Schröder, 10, § 117, Anm. IV 1; Schwarz-Dreher, 23, § 117, Anm. 2 A; Kohlrausch-Lange, 43, § 117, Anm. V; Maurach, II 3, S. 559.

20) Schönke-Schröder, 10, § 117, Anm. I.

21) in Bedeutung für die hier vorzunehmende Untersuchung.

22) vgl. S. 53 ff.

Rechtsgut des § 117 StGB dasselbe wie das des § 113 StGB, die Exekutive in der Form der einzelnen Amtshandlung, die im Einzelfall zuständige Exekutive. Damit aber ist die Beantwortung der Frage gegeben, ob die Zuständigkeit bei § 117 StGB abstrakt oder konkret vorliegen muß. Sie muß, da die Exekutive im Einzelfall geschützt ist, konkret vorhanden sein. Rechtmäßig handelt daher nur derjenige Forst-, Jagd- und Fischereibeamte, der zur Vornahme der betreffenden Amtshandlung konkret, im Einzelfall, zuständig ist ²³⁾. Ein Widerstand bei lediglich abstrakter Zuständigkeit würde das durch § 117 StGB geschützte Rechtsgut nicht verletzen und wäre daher straflos. Der Unterschied zwischen § 117 StGB und § 113 StGB, soweit er bei der gestellten Frage von Bedeutung war, ist lediglich der, daß dasselbe Rechtsgut bei § 113 StGB allgemein gegen Angriffe geschützt ist, dagegen in § 117 StGB lediglich gegen Angriffe aus einer bestimmten Richtung.

3) § 110 StGB

§ 110 StGB enthält das Merkmal der Zuständigkeit unmittelbar als Erfordernis der von der Obrigkeit erlassenen Anordnungen. Um zu einer Beantwortung der Frage zu gelangen, ob die Zuständigkeit der Obrigkeit abstrakt ²⁴⁾ oder konkret vorliegen muß, ist zunächst wieder das durch § 110 StGB geschützte Rechtsgut festzustellen. Im Gegensatz zu § 113 StGB scheint auf den ersten Blick diesmal das bei § 113 StGB an erster Stelle genannte mögliche Rechtsgut, die Exekutive allgemein, als geschütztes Rechtsgut des § 110 StGB festzustehen ²⁵⁾. Im Rahmen dieser Arbeit ist bei § 110 StGB zwar nur die Zuständigkeit der Obrigkeit bei dem Erlaß von

23) Der E 1960 bringt keine Hervorhebung des Widerstandes gegenüber Forst-, Jagd- und Fischereibeamten im Verhältnis zu den anderen Formen des Widerstandes. Ein solcher Widerstand fällt bereits unter § 419 E 1960. Auch hier bleibt es daher der Rechtsprechung überlassen, die Voraussetzungen der Rechtmäßigkeit der Diensthandlung zu bestimmen. Vgl. E 1960, Begründung zu § 420, S. 565 und Begründung zu § 419, S. 564.

24) So halten abstrakte Zuständigkeit für ausreichend: Kohlrausch-Lange, 43, § 110, Anm. VIII i.V.m. § 154, Anm. II; Leipz. Ktr. I 8, Anm. III 3.

25) vgl. Leipz. Ktr. I 8, § 110, Anm. I; RG 73, 93.

Anordnungen zu behandeln, zur Beantwortung der Frage nach dem Rechtsgut des § 110 StGB ist aber auf alle Alternativen des § 110 StGB einzugehen. Geschütztes Rechtsgut des § 110 StGB kann nur ein einziges sein. Diese Strafvorschrift enthält zwar mehrere Alternativen, die jedoch erkennbar in derart engem Zusammenhang stehen, daß eine Verschiedenheit der Rechtsgüter für die jeweiligen Alternativen als nicht möglich erscheint. Die Möglichkeit bestünde nur dann, wenn durch die Trennung in Alternativen gleichzeitig dem strafrechtlichen Gehalt nach völlig oder zumindest erheblich verschiedene Strafrechtsnormen geschaffen würden. Diese wären dann lediglich um einer äußeren Gemeinsamkeit willen, die sich insbesondere in der gleichen Bestrafung äußerte, in einem § zusammengefaßt.

§ 110 StGB bestraft die Aufforderung zum Ungehorsam gegen Gesetze, rechtsgültige VO und Anordnungen. Die durch § 110 StGB unter Strafdrohung gestellten Handlungen richten sich im allgemeinen gegen die Staatsgewalt, denn Gesetze und VO bilden die Gruppe der Gesetze im materiellen Sinn. Auch wenn VO von Verwaltungs- oder, in der Terminologie dieser Untersuchung gesprochen, von Exekutivorganen erlassen werden können, so sind doch diese Organe dann nicht als Teile der Exekutive tätig, sondern als Teile der gesetzgebenden Gewalt, der Legislative. Läßt man daher zunächst die Anordnungen der zuständigen Obrigkeit, bei denen es sich um Allgemeinverfügungen handelt ²⁶⁾, außer Betracht, so scheidet die Exekutive als geschütztes Rechtsgut aus. Geschützt wird vielmehr die Staatsgewalt, die in der gesetzgebenden Gewalt wirksam wird.

Die Allgemeinverfügungen fallen dagegen in den Bereich der Exekutive, denn bei diesen handelt es sich nicht um Gesetze im materiellen Sinn, sondern um VA. Faßt man nun die beiden Formen zusammen, so ergibt sich, da nur ein einziges geschütztes Rechtsgut bestehen kann, daß die strafbaren Handlungen des § 110 StGB sich gegen die

26) vgl. Schwarz-Dreher, 23, § 110, Anm. 1 C; Schönke-Schröder, 10, § 110 II 3; Kohlrausch-Lange, 43, § 110, Anm. V; RG 55, 8.

Staatsgewalt als solche richten. Damit ist freilich noch nichts für die Beantwortung der Frage gewonnen, ob die Zuständigkeit abstrakt oder konkret sein muß. Um hier ein Ergebnis zu erzielen, muß wieder auf die bereits bei § 113 StGB geäußerten Gedankengänge zurückgegriffen werden ²⁷⁾. Ließe man die Staatsgewalt als solche als durch § 110 StGB geschütztes Rechtsgut gelten, so wäre wieder, wie bei § 113 StGB, der strafrechtlich erhebliche Raum unbegründet weit gefaßt, da der Inhalt des geschützten Rechtsgutes die Auslegung der in der Strafnorm enthaltenen Begriffe bestimmt. Ein derart weit gefaßtes Rechtsgut würde, soweit die Zuständigkeit in Betracht kommt, zur Folge haben, daß die Zuständigkeit lediglich abstrakt gegeben sein müßte. Die allgemeine Staatsgewalt würde auch dann verletzt, wenn die Zuständigkeit zum Erlaß von Anordnungen zwar nicht im konkreten Fall, jedoch allgemein gegeben wäre. Auch in diesem Fall müßte zumindest eine Gefährdung der allgemeinen Staatsgewalt angenommen werden. Eine solche Gefährdung wäre aber bereits als Verletzung des geschützten Rechtsguts anzusehen.

Dies kann aber aus folgenden Erwägungen nicht richtig sein. Die Staatsgewalt kann nur solange Schutz beanspruchen, als sie sich innerhalb der vom GG gesetzten Grenzen hält, als sie rechtmäßig handelt ²⁸⁾. Einer unrechtmäßig handelnden Staatsgewalt einen Strafrechtsschutz zuerkennen, hieße nichts anderes, als den Staat um seiner selbst willen schützen, auch wenn er der Gemeinschaft, aus deren Zusammenschluß er entstanden ist, nur mehr scheinbar dient. Es ist dies der verschleierte Weg zum Polizeistaat. Rechtmäßig handelnd dagegen tritt der Staat insbesondere dann auf, wenn er die Grenzen der Zuständigkeit wahrt ²⁹⁾. Dabei muß es sich um die Zuständigkeit im konkreten Fall handeln, denn jedes Handeln

27) vgl. S. 53 ff.

28) vgl. hierzu Maurach, II 3, S. 547. Maurach behandelt dort zwar das geschützte "... Rechtsgut des eigentlichen Widerstandes ...", die Rechtmäßigkeit der Staatsgewalt muß aber auch über den Kreis der unmittelbaren Vollstreckungshandlungen gegeben sein.

29) vgl. entsprechend Schönke-Schröder, 10, § 113, Anm. V 1; vgl. weiter BGH 4, 112; Bay Ob LG NJW 1954, 362; OLG Hamm, NJW 1954, 206.

bei fehlender Zuständigkeit verletzt die dem Staat gesetzten Grenzen. Im Wege eines Anfechtungsprozesses wäre die betreffende Allgemeinverfügung aufzuheben, § 42 Vw GO. Nur solange kann der Staatsgewalt ein Strafschutz im Rahmen des § 110 StGB zugesprochen werden, als die Allgemeinverfügung rechtlichen Bestand haben kann, als sie zum Aufbau und zur Sicherung des Fortbestandes der Gemeinschaft dient. Geschütztes Rechtsgut des § 110 StGB muß daher die Staatsgewalt in ihren rechtmäßigen Handlungen auf dem Gebiet sowohl der Legislative als auch der Exekutive sein. Erfordernis der Rechtmäßigkeit ist aber die Zuständigkeit im konkreten Fall. Das geschützte Rechtsgut enthält daher wieder das Merkmal der konkreten Zuständigkeit. Infolgedessen kann eine Tat bei lediglich abstrakter Zuständigkeit, bei fehlender konkreter Zuständigkeit dieses Rechtsgut nicht verletzen.

Die Zuständigkeit der Obrigkeit zum Erlaß von Anordnungen nach § 110 StGB muß konkret gegeben sein ³⁰⁾. Um auch hier die Möglichkeit eines Vorwurfs zu entkräften, dies stehe zu den bei der Feststellung der Rechtsnatur des Begriffes der Zuständigkeit gebrachten Ausführungen ³¹⁾ im Widerspruch, kann auf das bereits bei § 113 StGB Gesagte verwiesen werden ³²⁾. Aus den dort angeführten Gründen besteht auch hier kein Widerspruch.

4) § 116 StGB

§ 116 StGB ähnelt in der Angriffsrichtung der strafbaren Handlung eher dem § 113 als dem § 110 StGB. Zwar ist auch hier der Begriff der Zuständigkeit unmittelbar, nicht lediglich in der Rechtmäßigkeit enthalten. Die Art der in § 116 StGB beschriebene Handlung richtet sich jedoch nicht gegen die Grundlagen der Staatsgewalt,

30) § 291 E 1960, der im wesentlichen dem § 110 StGB entspricht, enthält keine Antwort auf die Frage, ob konkrete oder abstrakte Zuständigkeit erforderlich ist. Vgl. E 1960, Begründung zu § 291, S. 428 ff.

31) vgl. S. 25 ff.

32) vgl. S. 53 ff.

wie in § 110 StGB, sondern gegen die einzelne Amtshandlung des zuständigen Beamten. Bei der Feststellung des durch § 116 StGB geschützten Rechtsguts kann daher auf die Ausführungen zu § 113 StGB Bezug genommen werden ³²⁾. Wie in § 113 StGB ist auch bei § 116 StGB die rechtmäßige Exekutive in der Form der einzelnen Amtshandlung, im Einzelfall, geschütztes Rechtsgut. Wird für rechtmäßig der Begriff zuständig gesetzt, so ergibt sich auch für § 116 StGB, daß eine Verletzung des geschützten Rechtsgutes nur durch eine Handlung bei Zuständigkeit im Einzelfall erfolgen kann. Die Zuständigkeit des Beamten in § 116 Abs. 1 StGB muß daher, um eine Strafbarkeit der Tat begründen zu können, konkret gegeben sein ³³⁾. Eine lediglich abstrakte Zuständigkeit, die Zuständigkeit, solche Aufforderungen allgemein auszusprechen, genügt nicht.

5) § 137 StGB

Bevor Ausführungen zur Bestimmung des durch § 137 StGB geschützten Rechtsgutes gemacht werden, ist zunächst auf die durch § 137 StGB unter Strafe gestellten Handlungen einzugehen.

Die strafbaren Handlungen richten sich dem ersten Anschein nach ausschließlich gegen die in der Verstrickung manifestierte staatliche Autorität ³⁴⁾. Bei einem Teil der strafbaren Handlungen ist dies jedoch nicht zutreffend. Diese Handlungen sind diejenigen, die eine auf Betreiben eines Gläubigers nach den Vorschriften des Zwangsvollstreckungsrechts erfolgte Verstrickung voraussetzen.

³²⁾ vgl. S. 53 ff.

³³⁾ so erklärt Leipz. Ktr. I 8, § 116, Anm. III ; erforderlich sei selbstverständlich immer Zuständigkeit nicht nur im allgemeinen, sondern im besonderen Fall. Eine Begründung wird nicht gegeben. In § 297 E 1960 ist das Merkmal der Zuständigkeit nicht enthalten. Erforderlich ist die Rechtmäßigkeit der Aufforderung. Eine Stellungnahme zu dem Problem "abstrakte oder konkrete Zuständigkeit" ist in der Begründung zu § 297 E 1960 nicht enthalten; vgl. E 1960, Begründung zu § 297, S.434.

³⁴⁾ vgl. Leipz. Ktr. I 8, § 137, Anm. I; Schönke-Schröder, 10, § 137, Anm. I; Kohlrausch-Lange, 43, § 137, Anm. I; vgl. auch RG 24, 52; 65, 249.

Ein gewisser wirtschaftlicher Hintergrund ist bei diesen Verstrickungshandlungen nicht zu übersehen, denn der Staat wird hier nicht von sich aus hoheitlich tätig. Es bedarf der Initiative des privaten Gläubigers, um den Staat zu der Verstrickungshandlung zu veranlassen. Dieser Gruppe von Handlungen steht jene gegenüber, bei der jegliche private Initiative ausgeschlossen ist. Der Staat bewirkt hier die Verstrickung von sich aus. Trotz dieser Unterscheidung ist es nicht gerechtfertigt, den § 137 StGB gleichsam in zwei verschiedene Normen zu zerlegen, bei denen es möglich wäre, verschieden zu entscheiden, bei der einen eine konkrete Zuständigkeit zu fordern, bei der anderen eine abstrakte Zuständigkeit ausreichen lassen. Dies wäre, wie schon an früherer Stelle ausgeführt ³⁵⁾, nur zulässig, wenn tatsächlich eine lediglich lose Zusammenfügung zweier Normen erfolgt wäre, die, um eines nur äußeren Zusammenhanges willen, darauf verzichten hätte lassen, zwei in der Angriffsrichtung erheblich verschiedene Handlungen auch äußerlich in zwei verschiedenen § zu bestimmen.

Dies ist bei § 137 StGB nicht der Fall. Lediglich für einen Teil der Handlungen, diejenigen, die durch einen gewissen wirtschaftlichen Hintergrund gekennzeichnet werden, ist eine Abweichung festzustellen. Es handelt sich daher bei § 137 StGB trotz dieser Abweichung um eine einheitliche Norm.

Auch wenn dies feststeht, soll doch für die Untersuchung der Art der Zuständigkeit als Fiktion angenommen werden, es handle sich um zwei verschiedene Normen, die jeweils für die aufgezeigten Handlungsgruppen gelten sollen. Dabei ist jedoch festzuhalten, daß es sich dabei lediglich um eine Fiktion handelt, denn es wird sich herausstellen, daß die wirtschaftlichen Gesichtspunkte, die teilweise das Bild des § 137 StGB mitbestimmen, für die Feststellung des geschützten Rechtsgutes zwar bedeutsam sind, daß sie aber im Begriff des noch zu bestimmenden Rechtsgutes nicht enthalten sein werden. Es wird sich mit anderen Worten herausstellen, daß auch bei Unterscheidung in zwei verschiedene Normen bei beiden so getrennten Normen das gleiche Rechtsgut geschützt wird. Daraus aber

35) S. 61.

ergibt sich auch eine einheitliche Entscheidung über die Frage, ob die Zuständigkeit abstrakt oder konkret vorliegen muß.

Zunächst sollen diejenigen Handlungen in ihrer Angriffsrichtung festgestellt werden, denen ein gewisser wirtschaftlicher Hintergrund eigentümlich ist. Dies sind jene Handlungen, die eine Verstrickungshandlung nach dem Zwangsvollstreckungsrecht voraussetzen.

Bei Zwangsvollstreckungshandlungen, die nach den Vorschriften der ZPO erfolgen, wird der Gerichtsvollzieher auf Grund eines Auftrages des zivilrechtlichen Gläubigers tätig, der einen vollstreckbaren Titel in der Hand hat. Der Staat selbst, als dessen Organ der Gerichtsvollzieher tätig wird, hat von sich aus kein Interesse an irgendwelchen Vollstreckungsmaßnahmen. Lediglich das allgemeine Interesse, die zur Verwirklichung der prozessual zugesprochenen Ansprüche erforderlichen Einrichtungen, eben das Recht der Zwangsvollstreckung, zu schaffen, besteht für den Staat. Herr des Zwangsvollstreckungsverfahrens bleibt der Gläubiger, soweit von den Rechtsbehelfen abgesehen wird. Er kann seinen Auftrag zurückziehen, bereits gepfändete Sachen freigeben. Der Staat handelt daher im Auftrag des einzelnen Gläubigers.

Nun ist es aber nicht so, daß es dem Staat gleichgültig sein könnte, ob seine Zwangsvollstreckungshandlungen respektiert werden. Würde der Staat nicht diesen Handlungen einen wirksamen Schutz zukommen lassen, - wie er unter anderem bei § 137 StGB zum Ausdruck kommt - so wäre die praktische Durchsetzbarkeit der zivilrechtlichen Ansprüche in Frage gestellt ³⁶⁾. Der Staat muß daher

36) Zwar wäre es theoretisch denkbar, die zivilrechtlichen Ansprüche, die im vollstreckbaren Urteil zuerkannt worden sind, auch ohne strafrechtlichen Schutz durchsetzen zu lassen. Theoretisch möglich wäre auch die Ausgestaltung des Verstrickungsbruches als Ordnungswidrigkeit. Dies würde dem Unrechtsgehalt der Tat nicht gerecht. Abgesehen davon würde damit aber die praktische Durchsetzbarkeit der Ansprüche zumindest in Frage gestellt. Ein Schuldner, dem die gepfändete Sache zwar nicht so wertvoll ist, daß er bei Geltung des § 137 StGB eine Kriminalstrafe in Kauf nimmt, würde vielleicht eher eine Ordnungswidrigkeit begehen.

darauf achten, daß die Zwangsvollstreckungsmaßnahmen nicht rechtswidrig vereitelt werden. Dieses allgemeine Interesse liesse nun möglicherweise darauf schließen, daß auch bei im Einzelfall unwirksamen Vollstreckungsmaßnahmen noch ein Bedürfnis nach strafrechtlichem Schutz bestehe. Auch bei fehlender konkreter Zuständigkeit des Gerichtsvollziehers wäre damit eine Gefährdung der staatlichen Gewalt gegeben, Rechtsgut müßte dann sein "... der Besitzwille der öffentlichen Gewalt, falls er sich in jenen Verstrickungen verkörpert." ³⁷⁾ Dies ist aber nicht vereinbar mit der starken Stellung des Gläubigers im Zwangsvollstreckungsverfahren, insbesondere nicht mit der Vorschrift des § 766 ZPO. § 766 ZPO gibt gegenüber den Zwangsvollstreckungsmaßnahmen des Gerichtsvollziehers den Rechtsbehelf der Erinnerung. Dabei ist nach § 766 ZPO eine von einem zwar abstrakt zuständigen, konkret aber unzuständigen Gerichtsvollzieher vorgenommene Vollstreckungsmaßnahme aufzuheben.

Würde man nun bei der Bestimmung des geschützten Rechtsgutes lediglich die öffentliche Gewalt berücksichtigen, so würde man damit eine Maxime des Zivilprozessrechts, zu dessen Schutz § 137 StGB teilweise geschaffen wurde, außer Acht lassen, die Dispositionsmaxime ³⁸⁾. Es erscheint nicht möglich, einerseits der von dieser Maxime geprägten Vollstreckungshandlung die Bestandsgarantie zu versagen, sie, soweit ein Rechtsbehelf eingelegt wird, aufzuheben, andererseits eben dieser Vollstreckungshandlung strafrechtlichen Schutz nach § 137 StGB zu gewähren. Dies liefe auf den bereits geäußerten Einwand des Polizeistaates ³⁹⁾ hinaus, die staat-

37) Schwarz-Dreher 23, § 137, Anm. 1 B; RG 24, 52; 65, 249; vgl. auch Kohlrausch-Lange, 43, § 137, Anm. I; Schönke-Schröder, 10, § 137, Anm. I; Leipz. Ktr. I 8, § 137, Anm. I; Maurach, II 3, S. 578.

38) vgl. Maurach, II 3, S. 578. Er führt aus, daß § 137 StGB, wenn auch nicht ausschließlich, so doch überwiegend zum Schutz einer solchen Verstrickung diene, die zur Sicherung eines staatlichen Pfändungspfandrechts durchgeführt worden sei. Dem ist zuzustimmen. Da die Entstehung eines Pfändungspfandrechts immer einen Auftrag des Gläubigers voraussetzt, ist damit die Mehrzahl der Verstrickungen von der Dispositionsmaxime geprägt.

39) vgl. S. 53 ff, S. 58.

liche Handlung, obwohl vom Staat selbst wieder aufzuheben, wäre geschützt. Diese Ansicht steht aber in so erheblichem Widerspruch zum Zivilprozeßrecht, daß sie nicht haltbar ist. Das durch den als Fiktion geteilten § 137 StGB geschützte Rechtsgut muß die Regelung der ZPO berücksichtigen. Für eine andere Ansicht bestehen keine Gründe. Ist aber nach der ZPO eine konkrete Zuständigkeit des Gerichtsvollziehers erforderlich, so muß sich dies auch bei der Bestimmung des geschützten Rechtsgutes auswirken. Geschütztes Rechtsgut muß demnach der Besitzwille der öffentlichen Gewalt in Form der im Einzelfall rechtmäßigen Verstrickung sein ⁴⁰⁾. Der "... Besitzwille der öffentlichen Gewalt ..." ⁴¹⁾ in Form der "im Einzelfall" rechtsbeständigen Handlung kann nur dann verletzt werden, wenn die Tat zur Voraussetzung die konkrete Zuständigkeit des Gerichtsvollziehers hat. Ein Bruch der Verstrickung bei lediglich abstrakter Zuständigkeit könnte das geschützte Rechtsgut nicht verletzen. Erforderlich ist daher für die erste Gruppe der unter § 137 StGB fallenden Handlungen die konkrete Zuständigkeit des Beamten und der Behörde.

Die andere Gruppe von strafbaren Handlungen hat zur Voraussetzung solche Verstrickungshandlungen, die unabhängig von zivilrechtlichen Ansprüchen erfolgen, bei denen der Staat von sich aus tätig wird. Dies ist insbesondere bei der Beschlagnahme nach den Vorschriften der StPO der Fall. Zur Feststellung des geschützten Rechtsgutes dieser Gruppe von strafbaren Handlungen muß weitgehend auf die Ausführungen zu § 113 StGB zurückgegriffen werden ⁴²⁾.

40) Der Unterschied gegenüber den sonstigen allgemeinen Handlungen der Exekutive, etwa einem VA, besteht darin, daß i.a. die Exekutive von sich aus tätig wird, während bei den Vollstreckungsmaßnahmen nach Zivilprozeßrecht die Exekutive nur auf Antrag des beitreibenden Gläubigers tätig wird. In beiden Fällen sind rechtsbeständig nur von konkret zuständigen Beamten vorgenommene Handlungen. Da bei den Vollstreckungshandlungen nach der ZPO das unmittelbare staatliche Interesse an der Vornahme der Handlung ganz wegfällt, ist, woran bei der sonstigen Exekutive noch zu denken wäre, ein schutzwürdiges Interesse des Staates am Schutz der rechtswidrigen Handlungen zu verneinen.

41) vgl. Schwarz-Dreher, 23, § 137, Anm. 1 B; RG 65, 249.

42) vgl. S. 53 ff.

Es ist vertreten worden, als geschütztes Rechtsgut des § 137 StGB sei "... der Besitzwille der öffentlichen Gewalt ..." anzusehen, "... falls er sich in jenen Verstrickungshandlungen verkörpert" ⁴³⁾. Stimmt man dem zu, so kommt man notwendigerweise zu dem Ergebnis, daß abstrakte Zuständigkeit zur Begründung der Strafbarkeit ausreicht ⁴⁴⁾. Verfolgt man aber die praktischen Auswirkungen dieses Ergebnisses, so stellt sich heraus, daß eine Beschlagnahme, die von einem konkret unzuständigen Beamten vorgenommen wurde, als Folge des jeweils gegebenen Rechtsbehelfs aufzuheben ist. Immer ist Voraussetzung des Rechtsbestandes einer Beschlagnahmehandlung, daß der handelnde Beamte konkret, nicht lediglich abstrakt zuständig ist ⁴⁵⁾. Der Besitzwille der öffentlichen Gewalt wäre aber auch in den Handlungen des konkret unzuständigen Beamten oder der Behörde verkörpert. Obwohl daher die Beschlagnahme rechtswidrig ist, genießt sie in diesem Falle, da in ihr der staatliche Besitzwille verkörpert ist, strafrechtlichen Schutz.

Diesem Ergebnis kann nicht zugestimmt werden. Die Beschlagnahme greift in das im Grundgesetz gewährleistete Grundrecht des Eigentums ein. Art. 14 Abs. 1 GG gewährleistet das Eigentum. Nach Art. 14 Abs. 3 GG ist eine Enteignung nur innerhalb des gesetzlichen Rahmens zulässig. Es muß die in einem Gesetz bestimmte Form eingehalten werden, soll die Enteignung rechtmäßig sein, soll sie nicht das Grundrecht des Eigentums verletzen. Um aber diese gesetzlich bestimmte Form einzuhalten, ist es immer erforderlich, daß der enteignende Beamte oder die Behörde konkret zuständig ist. Eine rechtmäßige Enteignung bei lediglich abstrakter Zuständigkeit erscheint nicht möglich und wäre auch mit den rechtsstaatlichen Grundsätzen des GG nicht vereinbar. Nimmt daher eine lediglich ab-

43) vgl. Schwarz-Dreher, 23, § 137, Anm. 1 B; RG 65, 249.

44) Kohlrausch-Lange, 43, § 137, Anm. II 2; Schönke-Schröder, 10, § 137, Anm. II 2; Leipz. Ktr. I 8, § 137, Anm. III; Schwarz-Dreher, 23, § 137, Anm. 1 B; RG 26, 287; 28, 383; 63, 351.

45) wobei für den Bereich der vom Gerichtsvollzieher bewirkten Verstrickungen § 766 ZPO gilt.

strakt zuständige Behörde eine Enteignungshandlung vor, so verletzt diese Handlung, da sie der gesetzlichen Grundlage ermangelt, die Art. 14 Abs. 3 Satz 2 GG zwingend fordert, das Grundrecht des Eigentums und ist rechtswidrig. Was aber für das umfassende Institut der Enteignung gilt, muß sinngemäß auch für die weniger weitreichende Beschlagnahme gelten. Auch die Beschlagnahme greift in das Eigentum ein. Durch sie wird, meist gegen den Willen des Eigentümers, diesem eine Sache entzogen, so daß er die Verfügungsmacht, meist sogar auch den Besitz an ihr verliert.

Nun muß auch eine Beschlagnahmehandlung, um nicht unzulässig das Eigentum zu verletzen, den gesetzlich vorgeschriebenen Formen entsprechen ⁴⁶⁾. Ist dies nicht der Fall, so verstößt auch eine rechtswidrige Beschlagnahme gegen den Art. 14 GG. Rechtmäßig aber kann eine Beschlagnahme immer nur dann sein, wenn die handelnde Behörde oder der Beamte konkret zuständig ist. Eine andere Ansicht wäre wiederum mit den rechtsstaatlichen Grundsätzen des GG unvereinbar.

Bei der Bestimmung des durch § 137 StGB geschützten Rechtsgutes sind die heutigen Wertvorstellungen maßgebend ⁴⁷⁾, wie sie in den Bestimmungen des GG zu finden sind. Es erscheint nicht möglich, auf der einen Seite in der Verfassung dem Bürger ein Grundrecht zuzugestehen, auf der anderen Seite aber dem Staat einen Schutz bei widerrechtlicher Verletzung dieses Grundrechts zuzubilligen. Nimmt man als geschütztes Rechtsgut schlechthin den Besitzwillen der öffentlichen Gewalt in der Verkörperung der Verstrickung an, so greift dieses Rechtsgut in den Bereich des Grundrechts des Eigentums ein. Grundrecht des Bürgers und Rechtsgut des Staates überlagern sich ⁴⁸⁾. Dies ist nicht möglich, da das Grundrecht als verfassungsrechtliche Norm den höheren Rang hat. Eine Überlagerung

46) wenn man von den betreffenden Verfahrensnormen absieht, schon als Folge des Art. 14 Abs. 3 GG als Grundnorm.

47) vgl. die Ausführungen auf S. 21 ff.

48) ein Widerspruch zu den Ausführungen über die rechtliche Zuordnung des Begriffs der Rechtmäßigkeit der Amtsausübung und der Zuständigkeit bei den §§ des Sechsten Abschnitts des Zweiten Teils des StGB besteht nicht, vgl. S. 25 ff. Die Annahme eines Spielraums und die Feststellung, auch bei fehlender Zuständigkeit sei noch ein gewisses Maß an strafrechtlich erheblichem Unrecht gegeben, bewirken keine Überlagerung. Ein solcher

findet nur dann nicht statt, wenn als geschütztes Rechtsgut der Besitzwille in Form der im Einzelfall rechtmäßigen Verstrickung gilt. Durch rechtmäßige Verstrickung wird gegen das Grundrecht des Eigentums nicht verstoßen.

Es gilt daher für beide Gruppen von Handlungen, die zur Bestimmung des geschützten Rechtsgutes getrennt wurden, das gleiche geschützte Rechtsgut. Rechtsgut des einheitlichen § 137 StGB ist der Besitzwille der öffentlichen Gewalt in Form der im Einzelfall rechtmäßigen Verstrickung. Dieses Rechtsgut kann nur durch eine Tat verletzt werden, die eine vom konkret zuständigen Beamten oder von der konkret zuständigen Behörde vorgenommene Verstrickungshandlung oder Beschlagnahme voraussetzt, da nur eine solche Handlung eine rechtmäßige Verstrickung oder Beschlagnahme begründen kann. Erforderlich ist daher zur Strafbarkeit einer Handlung nach § 137 StGB konkrete Zuständigkeit. Lediglich abstrakte Zuständigkeit ist nicht ausreichend ⁴⁹⁾.

6) § 154 StGB

§ 154 StGB ist die zentrale Vorschrift innerhalb der Eidesdelikte. § 154, Abs. 1 StGB verlangt eine Eidesleistung "... vor Gericht oder vor einer anderen zur Abnahme von Eiden zuständigen Stelle ..."

Forts. Fußnote 48)

Spielraum hat Auswirkungen lediglich bei der Bestimmung der Rechtsnatur des Begriffes der Zuständigkeit oder der Rechtmäßigkeit der Amtsausübung. Eine weitergehende unmittelbare Beziehung zur Strafbegründung besteht nicht. Es werden damit nicht zwei verschiedene Arten von Rechtmäßigkeit für denselben Lebensvorgang angenommen; vgl. die Ausführungen auf S. 57, 58.

- 49) In § 427 E 1960 ist die Strafbarkeit des Verstrickungsbruchs geregelt. Das Merkmal der Zuständigkeit ist nicht enthalten, maßgebend ist nach § 427 Abs. 3 E 1960 die rechtmäßige Diensthandlung. Im E 1960, Begründung zu § 427, S. 571 wird hinsichtlich der Rechtmäßigkeit der Diensthandlung auf die Begründung zu § 419 verwiesen, vgl. S. 564. Eine Stellungnahme zu der Frage, ob abstrakte oder konkrete Zuständigkeit vorliegen muß, ist nicht enthalten, ihre Beantwortung wird der Rechtsprechung überlassen, vgl. E 1960, Begründung zu § 419, S. 564.

Auch wenn für das Gericht eine Zuständigkeit ausdrücklich nicht gefordert ist, gilt doch für das den Eid abnehmende Gericht dasselbe wie für die sonstigen Behörden ⁵⁰⁾. Erforderlich muß in jedem Fall, auch vor Gericht, die Zuständigkeit zur Abnahme von Eiden im allgemeinen sein. Ob auch die Zuständigkeit im Einzelfall, die konkrete Zuständigkeit gerade zur Abnahme des betreffenden Eides gegeben sein muß, ist im Folgenden festzustellen.

Zunächst muß, um der eingangs aufgestellten Methode ⁵¹⁾ zu folgen, das durch § 154 StGB geschützte Rechtsgut bestimmt werden. Diese Bestimmung ist relativ einfach. Als geschütztes Rechtsgut kommen nur in Betracht die Religion ⁵²⁾ oder die Staatsgewalt in Form der Rechtspflege ⁵³⁾. Die Religion kann aus folgenden Gründen nicht als geschütztes Rechtsgut in Betracht kommen: Strafbar sind lediglich die vor staatlichen Stellen geleisteten Meineide. Ein privater falscher Eid, der vorsätzlich geleistet ist, begründet keine Strafbarkeit. Weiterhin kann nach § 66 c, Abs. 1 StPO ein Eid "... auch ohne religiöse Beteuerung geleistet werden." Die religiöse Beziehung des Eides ist daher nicht wesentlich ⁵⁴⁾. Sie kann vorhanden sein, muß es aber nicht. Die Religion kann daher nicht geschütztes Rechtsgut des § 154 StGB sein. Es bleibt lediglich die Möglichkeit, als Rechtsgut die staatliche Gewalt in der Form der Rechtspflege anzunehmen.

Nicht so zweifelsfrei wie die Feststellung des geschützten Rechtsgutes gestaltet sich die Untersuchung, ob die Leistung eines Meineides bei gegebener abstrakter, aber fehlender konkreter Zuständigkeit, dieses geschützte Rechtsgut verletzen kann. Ist dies der Fall, so muß zur Begründung der Strafbarkeit abstrakte Zuständigkeit ausreichen.

50) vgl. RG 76, 21; BGH 10, 272; 5, 112; 3, 235.

51) vgl. S. 51, 52.

52) vgl. Schwarz-Dreher, 23, Vorb. vor § 153, 1. A.

53) Schwarz-Dreher, Vorb. vor § 153, 1A; Schönke-Schröder, 10, Vorb. vor § 153, II; Maurach, II 3, S. 591 ff; vgl. auch Kohlrausch-Lange, 43, Vorb. vor § 153, III 1.; RG 47, 158; 70, 132; 73, 147; BGH NJW 1951, 610; BGH 8, 309.

54) Schwarz-Dreher, 23, Vorb. vor § 153, 1.; Leipz. Ktr. II 8, Vorb. vor § 153, 1.; Schönke-Schröder, 10, Vorb. vor § 153, II; Maurach, II 3, S. 599.

Geschützt ist die staatliche Gewalt in Form der Rechtspflege. Gegenüber der Meinung, es genüge abstrakte Zuständigkeit, erhebt sich wieder der bereits dargelegte Einwand, der lediglich dadurch in seiner Form geändert ist, daß das Merkmal der Rechtmäßigkeit bereits in dem Begriff der Rechtspflege enthalten ist ⁵⁵⁾. Es bedarf daher keiner Hinzufügung dieses Merkmals. Geschützt ist die staatliche Gewalt in der Form der Rechtspflege. Um die Behauptung zu begründen, der Begriff "Rechtspflege" enthalte das Merkmal der Rechtmäßigkeit und damit das Erfordernis der Zuständigkeit im konkreten Fall, ist der Begriff "Rechtspflege" zu untersuchen. Nach Art. 20, Abs. 3 GG ist die Gesetzgebung "... an die verfassungsmäßige Ordnung" gebunden, "... die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden" ⁵⁶⁾. Weiter bestimmt Art. 1 Abs. 3 GG die Bindung von Gesetzgebung, vollziehender Gewalt und Rechtsprechung an die Grundrechte "... als unmittelbar geltendes Recht" ⁵⁷⁾.

Aus diesen Verfassungsnormen ergibt sich die strenge rechtsstaatliche Bindung, der die Staatsgewalt unterworfen ist. Staat und Bürger stehen sich nach dem GG nicht in der Weise gegenüber, daß dem Staat eine übermächtige Stellung und der absolute Vorrang gegeben wäre. Der starke Ausbau der Grundrechte, die Vielzahl der Möglichkeiten, unrechtmäßige Eingriffe der Staatsgewalt auf dem Rechtsweg anzugreifen, garantieren vielmehr eine starke Stellung des einzelnen, der Staatsgewalt unterworfenen Bürgers. Immer dann, wenn der Staat die ihm gesetzten Grenzen überschreitet, besteht für den Gewaltunterworfenen die Möglichkeit der wirksamen Verteidigung. Mit diesem, sehr weitgehend ausgebauten Rechtsschutz wäre es nicht vereinbar, wollte man dem Staat, soweit er rechtswidrig handelt, noch tatsächlich einen strafrechtlichen Schutz zubilligen ⁵⁸⁾. Rechtmäßigkeit der Staatsgewalt bedeutet immer, auf den hier gesteckten engen Rahmen bezogen, Zuständigkeit des die Staatsgewalt repräsentierenden Beamten oder der Behörde. Dabei muß es sich immer um

55) vgl. S. 53 ff.

56) Art. 20 Abs. 3 GG.

57) Art. 1 Abs. 3 GG.

58) der Bereich des Rechtsstaates wäre damit verlassen.

konkrete Zuständigkeit handeln. Es gibt keine Äußerung staatlicher Gewalt, die bei zwar gegebener abstrakter Zuständigkeit, aber fehlender Zuständigkeit im konkreten Fall nicht rechtswidrig, das heißt im Rechtswege erfolgreich angreifbar und damit aufzuheben oder für nichtig zu erklären wäre. Billigte man der Staatsgewalt einen über den Rahmen der Rechtmäßigkeit, der konkreten Zuständigkeit hinausgehenden tatsächlichen ⁵⁹⁾ Strafschutz zu, so würde man die vom GG gewollte starke Stellung des einzelnen aushöhlen. Obwohl er sich auf dem Rechtsweg die Gewißheit verschaffen könnte, daß die Äußerung der Staatsgewalt konkret rechtswidrig, weil unzuständig, war, wäre er der Gefahr der strafrechtlichen Verfolgung ausgesetzt.

Es ist nun aber nicht möglich, zweierlei verschiedene Arten von Recht und Rechtmäßigkeit für denselben Lebensvorgang anzunehmen. Eine Handlung eines Beamten oder einer Behörde kann entweder rechtmäßig sein, dann vom Staatsbürger nicht angegriffen werden und folgerichtig strafrechtlichen Schutz genießen, oder, da der Beamte oder die Behörde konkret unzuständig war, nicht rechtmäßig sein und vom Betroffenen mit Erfolg angegriffen werden. In diesem Fall kann sie auch keinen strafrechtlichen Schutz genießen. Eine andere Ansicht würde der Grundhaltung des GG nicht gerecht und würde des weiteren zweierlei Recht für die gleiche Sache annehmen. Das Ergebnis einer solchen Ansicht in der Praxis wäre, daß ein Bürger, der vor dem Verwaltungsgericht Recht bekäme, vom Strafgericht verurteilt würde mit der Begründung, die Handlung, die das Verwaltungsgericht zutreffenderweise als rechtswidrig bezeichnet hatte, sei rechtmäßig. Dies wäre mit rechtsstaatlichen Grundsätzen nicht vereinbar.

Nun sind die vorstehenden Ausführungen auf die Lage bei Leistung eines Bides vor Gericht oder einer Behörde nicht unmittelbar anwendbar. Weigert sich ein Zeuge, der im Strafverfahren nach der StPO vor Gericht aussagen soll, weil das Gericht konkret unzuständig ist, so kann er gegen den nach § 70 StPO ergangenen Beschluß,

59) im Gegensatz zu dem lediglich gedachten bei § 113 StGB im Rahmen der Feststellung der Rechtsnatur des Begriffes der Zuständigkeit, vgl. S. 25 ff.

der ihn zu einer Ordnungsstrafe verurteilt, Beschwerde nach §§ 304, Abs. 1, 2; 306; 307 StPO einlegen. Diese Beschwerde wäre begründet, der Beschluß wäre vom Beschwerdegericht aufzuheben, da vor einem konkret unzuständigen Gericht keine Aussage- und daher auch keine Eidespflicht besteht.

Ist aber die Verhängung einer Ordnungsstrafe rechtswidrig, da die konkrete Zuständigkeit fehlt, so ist auch die Eidesleistung als solche rechtswidrig, denn es ist auch hier nicht möglich, zweierlei Art von Rechtmäßigkeit anzunehmen ⁶⁰⁾. Ein rechtswidriger Eid kann aber niemals die Grundlage einer strafrechtlichen Verfolgung bilden. Geschützt ist durch § 154 StGB die staatliche Gewalt in Form der Rechtspflege. Rechtspflege aber bedeutet, wenn man im Hintergrund die Fundamentalnormen des GG beachtet ⁶¹⁾, die Rechtspflege, die sich innerhalb gesetzlicher Schranken hält. Insbesondere gelten dabei die Verfahrensvorschriften. Überschreitet die Staatsgewalt diese ihr gesetzten Schranken, so kann man nicht mehr von Pflege des "Rechts" sprechen. Immer aber ist für die Beachtung der Grenzen der Rechtmäßigkeit Voraussetzung die konkrete Zuständigkeit. Eine Eidesleistung vor einem konkret unzuständigen Gericht und vor einer konkret unzuständigen Behörde vermag daher nicht das Rechtsgut der Staatsgewalt in Form der Rechtspflege zu verletzen. Eine solche Verletzung kann nur eintreten bei konkreter Zuständigkeit der den Eid abnehmenden Stelle.

60) Von der Möglichkeit der Zeugnisverweigerung ist dieser Fall verschieden. Bei Vorliegen eines Zeugnisverweigerungsrechts steht es im Belieben des Berechtigten, von diesem Recht Gebrauch zu machen. Sagt er aber dennoch aus, so ist dies eine vollgültige Aussage. Über die Rechtmäßigkeit eines geleisteten Eides können keine Zweifel bestehen. Fehlt die konkrete Zuständigkeit des Gerichtes, so ist das gesamte Verfahren rechtswidrig. Diese Rechtswidrigkeit ergreift auch die Eidesleistung. Im Belieben desjenigen, der den Eid leisten soll, steht lediglich, ob er Beschwerde gegen den Beschluß nach § 70 StPO einlegt.

61) so insbesondere Art. 101 Abs. 1 GG.

Erforderlich zur Begründung einer Strafbarkeit nach § 154 StGB ist daher konkrete Zuständigkeit des Gerichtes und der Behörde⁶²⁾.

7) §§ 153, 156 StGB

§ 153 StGB unterscheidet sich von § 154 StGB hauptsächlich dadurch, daß er die uneidliche vorsätzliche Falschaussage betrifft. Dagegen läßt sich eine Änderung der Angriffsrichtung der durch § 153 StGB im Vergleich zu § 154 StGB mit Strafe bedrohten Handlungen nicht erkennen. So scheidet bei der Bestimmung des durch § 153 StGB geschützten Rechtsgutes auch hier die Religion aus⁶³⁾. Geschütztes Rechtsgut des § 153 StGB ist ebenfalls die Staatsgewalt in Form der Rechtspflege⁶⁴⁾. Da zu einer von § 154 StGB abweichenden Be-

62) Diesem Ergebnis entsprechend gilt auch folgendes: Wenn das Vollstreckungsgericht einen Eid nach § 260 BGB abnimmt, so ist es zwar abstrakt zur Abnahme von Eiden zuständig, konkret jedoch nicht, §§ 260, 261 BGB, § 889 ZPO. Ausschließlich zuständig zur Abnahme des Eides im Weg der Zwangsvollstreckung ist das Prozeßgericht 1. Instanz, § 889 Abs. 1, 802 ZPO. Mit der strengen Regelung des § 802 ZPO, der einen ausschließlichen Gerichtsstand schafft, erscheint es nun, entsprechend dem vorher Gesagten, nicht vereinbar, den vor dem konkret unzuständigen Vollstreckungsgericht geleisteten "Eid" als wirksame Zwangsvollstreckung anzusehen. Der unter Verletzung des § 802 ZPO geleistete "Eid" muß vielmehr, in Anlehnung an die oben dargelegten Grundsätze, wirkungslos sowohl in zivilprozessualer wie auch strafrechtlicher Hinsicht bleiben. Zivilprozessual ist eine wirksame Zwangsvollstreckung nicht erfolgt. Der Gläubiger kann und muß, will er einen gültigen Offenbarungseid, die Zwangsvollstreckung gemäß §§ 889, 802 ZPO betreiben. Strafrechtlich kann eine Verfolgung nicht eintreten, da das Erfordernis der konkreten Zuständigkeit fehlt, § 154 StGB. Abstrakte Zuständigkeit lassen dagegen ausreichen Schwarz-Dreher, 23, § 154, Anm. 2 A; Schönke-Schröder, 10, § 154, Anm. III 1, 2; Kohlrausch-Lange, 43, § 154, Anm. II; Leipz. Ktr. II 8, § 154, Anm. 4; Maurach, II 3, S. 598; vgl. auch RG 3, 73; 67, 332; BGH 3, 238; 10, 142 ff. Die Begründung zu § 432 E 1960, der die Strafbarkeit des Meineids bestimmt, enthält keine Stellungnahme zu der Frage, ob die Zuständigkeit abstrakt oder konkret gegeben sein muß; vgl. E 1960, Begründung zu § 432, S. 574.

63) siehe Schwarz-Dreher, 23, Vorb. vor § 153 I. A; Schönke-Schröder, 10, Vorb. vor § 153 II; Leipz. Ktr. II 8, Vorb. vor § 153, 1.; Maurach II 3, S. 599.

64) Schwarz-Dreher, 23, Vorb. vor § 153, 1.; Schönke-Schröder, 10, Vorb. vor § 153 II; Maurach, II 3, S. 591 ff; vgl. auch Kohlrausch-Lange, 43, Vorb. vor § 153 III 1; RG 47, 158; 70, 132; 73, 147; BGH NJW 1951, 610; BGH 8, 309.

handlung des § 153 StGB kein Anlaß gegeben ist, können die zu § 154 StGB gebrachten Ausführungen ⁶⁵⁾ entsprechend gelten. Es muß daher auch bei § 153 StGB das Gericht oder die sonstige vernehmende Stelle konkret zuständig sein. Eine lediglich abstrakte Zuständigkeit genügt nicht, die Falschaussage vor einer solchen lediglich abstrakt zuständigen Stelle ist nach § 153 StGB nicht strafbar ⁶⁶⁾. Gleiches gilt für § 156 StGB, auch hier ist geschütztes Rechtsgut die Staatsgewalt in Form der Rechtspflege. Erforderlich ist daher auch bei § 156 StGB konkrete Zuständigkeit der Behörde ⁶⁷⁾.

8) § 164 StGB

§ 164 StGB bestraft die falsche Anschuldigung. Erforderlich ist die Zuständigkeit des die Anzeige entgegennehmenden Beamten. Dagegen braucht die Behörde, bei der eine falsche Anschuldigung ebenfalls erfolgen kann, nicht zuständig zu sein ⁶⁸⁾. § 164 StGB verfolgt einen doppelten Zweck. Zunächst soll § 164 StGB das Denunziantentum zum Schutze des einzelnen treffen ⁶⁹⁾. Es soll ver-

65) vgl. S. 71 ff.

66) Abstrakte Zuständigkeit halten für ausreichend: Schönke-Schröder, 10, § 153, Anm. II 1; Schwarz-Dreher, 23, § 153, Anm. 1 i.V.m. § 154, Anm. 3 D; in der Begründung zu § 431 E 1960 ist eine Stellungnahme zu dem Problem "abstrakte oder konkrete Zuständigkeit" nicht enthalten; vgl. E 1960, Begründung zu § 431, S. 573, 574.

67) a.A. Schwarz-Dreher, 23, § 156, Anm. 2. Es soll genügen, wenn die Behörde "... zum Empfang einer eidesstattlichen Versicherung in Angelegenheiten der betr. Art berufen ist." Eine konkrete Zuständigkeit sei nicht erforderlich. Vgl. auch RG 7, 275; 13, 161. Eine engere Auffassung vertritt Leipz. Ktr. II 8, § 156, Anm. 3 b: Eine zuständige Behörde sei nach RG 73, 145 nur dann gegeben, wenn die eidesstattliche Versicherung über den Gegenstand, auf den sie sich beziehe und in dem Verfahren, um das es sich handle, der Behörde gegenüber abgegeben werden dürfe und rechtlich nicht völlig wirkungslos sei. Vgl. auch Kohlrausch-Lange, 43, § 156, Anm. II; Schönke-Schröder, 10, § 156, Anm. IV 2, a, b; Maurach II 3, S. 603 ff; RG 73, 144; 75, 399; BGH 1, 16; 2, 219; 5, 69; E 1960, Begründung zu § 434, S. 576.

68) Schwarz-Dreher, 23, § 164, Anm. 1 A c.

69) so ist § 164 StGB ein Schutzgesetz i.S. des § 823 Abs. 2 BGB; vgl. hierzu Schwarz-Dreher, 23, § 164, Anm. 1 A, b, cc.

hindert werden, daß ohne Gefahr eigener strafgerichtlicher Verfolgung wider besseres Wissen vorsätzlich oder leichtfertig ein anderer fälschlich angeschuldigt werden kann. Es könnte daher zunächst scheinen, daß ausschließliches, durch § 164 StGB geschütztes Rechtsgut die persönliche Freiheit des einzelnen im weitesten Sinn ist, daß geschützt werden soll die einzelne Person in ihrem Rechtsfrieden vor rechtswidrigen Angriffen, die sich einer irregeleiteten Staatsgewalt bedienen, die dann selbst zunächst rechtmäßig handelt. Diese enge Auslegung wird aber dem Zweck der Vorschrift nicht gerecht.

Dem einzelnen gewaltunterworfenen Bürger stehen gegen eine rechtswidrig handelnde Staatsgewalt eine Vielzahl von Rechtsbehelfen zur Verfügung. Wird jemand zu Unrecht einer strafbaren Handlung oder einer Verletzung einer Amts- oder Dienstpflicht bezichtigt, so ist zuzugeben, daß ein etwa eingeleitetes Straf- oder, falls es sich um einen Beamten handelt, Disziplinarverfahren für ihn große Unannehmlichkeiten mit sich bringt. Letzten Endes aber bürgt der Grundsatz "in dubio pro reo" dafür, daß der Unschuldige, falls es ihm schwer fallen sollte, seine Unschuld zu beweisen⁷⁰⁾, in einem etwaigen Verfahren freigesprochen wird. Die an sich zu Unrecht erlittenen Unannehmlichkeiten mögen für den Betroffenen sehr schwer wiegen, die Gefahr, daß auch ein vollkommen Unschuldiger ihnen ausgesetzt sein kann, läßt sich nicht vermeiden. Weiterhin dienen dem Schutz des einzelnen neben § 164 StGB auch die sonstigen Strafvorschriften, insbesondere die §§ 239, 153, 154, 156 StGB.

Weit bedeutsamer als dieser Zweck ist derjenige, die staatliche Rechtspflege zu schützen. Infolge der vielen möglichen Rechtsmittel und Rechtsbehelfe muß auch die Staatsgewalt davor geschützt werden, auf Grund falscher Anschuldigung tätig zu werden, zumal für den Rahmen des Strafverfahrens nach § 152 Abs. 2 StPO für die Staatsanwaltschaft ein Verfolgungszwang besteht. Die Staatsanwaltschaft ist danach, soweit nicht gesetzlich anderes gilt, verpflichtet, zu ermitteln, sofern genügend tatsächliche Gründe dafür sprechen⁷¹⁾. Der Schaden, der der Staatsgewalt durch Miß-

70) wie es in der Regel schwer sein dürfte, zu beweisen, daß man etwas nicht getan hat.

71) § 152 Abs. 2 StPO.

brauch dieses, lediglich für das Strafverfahren aufgezeigten Verfolgungszwanges infolge falscher Anschuldigung erwachsen kann, ist sehr beträchtlich. In einem freiheitlich-demokratischen Rechtsstaat, für den immer der Grundsatz der Rechtmäßigkeit, der Bindung an Gesetz und Recht gilt ⁷²⁾, ist das Vertrauen der Allgemeinheit in die Rechtspflege von maßgebender Bedeutung. Wird dieses Vertrauen untergraben, so ist eine der wichtigsten Stützen des Staates gefährdet. Zwar besteht in gewissem Umfang ein Interesse des Staates an der Anzeigenerstattung, würde man die Strafdrohung gegenüber falscher Anschuldigung zu weit ausbauen, so würde man erwünschte zutreffende Anzeigen gleichfalls verhindern. Fälle, in denen Unschuldige oder mutmaßlich Unschuldige angeklagt werden, denen es nicht gelingt, ihre tatsächliche Unschuld zu beweisen, sollten auf ein Mindestmaß beschränkt werden. Auch der Grundsatz "in dubio pro reo" verhindert nur die tatsächliche Bestrafung, läßt jedoch den für einen Unschuldigen schwerwiegenden Schatten eines Verdachtes bestehen. Wird dieser Forderung nicht entsprochen, enden viele Verfahren gegen Unschuldige mit einem Freispruch mangels Beweises, - die, wie die Praxis zeigt, naturgemäß weit zahlreicher als diejenigen wegen erwiesener Unschuld sind -, so erleidet das Vertrauen der Allgemeinheit in die Rechtspflege infolge der tatsächlichen Schlechterstellung Unschuldiger schweren Schaden.

Dafür zu sorgen, daß solche Verfahren nicht auf Grund von Denunziantentum eingeleitet werden, daß ein Mißbrauch des staatlichen Verfolgungszwanges unterbleibt, muß die Hauptaufgabe des § 164 StGB sein ⁷³⁾. Das Interesse des einzelnen muß demgegenüber zurücktreten. Geschütztes Rechtsgut des § 164 StGB ist daher die Staatsgewalt in Form der Rechtspflege ⁷⁴⁾.

Da gegenüber den Aussagedelikten eine Änderung als Rechtsgut nicht vorliegt, kann auf die Ausführungen zu § 154 StGB ⁷⁵⁾ Bezug genommen werden. Die Zuständigkeit des die Anzeige entgegennehmen-

72) vgl. Art. 20 Abs. 3 GG.

73) vgl. auch § 145 d StGB.

74) die Einwilligung des fälschlich Angeschuldigten vermag daher die Rechtswidrigkeit nicht zu beseitigen; vgl. Schwarz-Dreher, 23, § 164; Anm. 1 A, b, cc; BGH 5, 66.

75) vgl. S. 71 ff.

den Beamten muß daher, in entsprechender Anwendung der bereits dargelegten Grundsätze ⁷⁶⁾, konkret vorliegen, um eine Strafbarkeit begründen zu können. Lediglich abstrakte Zuständigkeit ist nicht ausreichend ⁷⁷⁾.

9) §§ 327, 328 StGB

§ 327 StGB bestraft als Blankettstrafgesetz die Verletzung von Absperrungs- und Aufsichtsmaßregeln, oder von Einfuhrverboten, welche von zuständigen Behörden zur Verhütung des Einführens oder Verbreitens einer ansteckenden Krankheit angeordnet worden sind. Erforderlich ist die Zuständigkeit der Behörde. Um entscheiden zu können, ob die Zuständigkeit konkret vorliegen muß oder ob lediglich abstrakte Zuständigkeit ausreicht, soll zunächst wieder das durch § 327 StGB geschützte Rechtsgut bestimmt werden. Aus § 328 StGB, der die Verbreitung von Viehseuchen verhindern soll, ergibt sich, daß § 327 StGB für menschliche Krankheiten gilt ⁷⁸⁾. § 327 StGB spricht von der Verhütung des Einführens oder Verbreitens ansteckender Krankheiten. Das einzige Rechtsgut, das in Frage kommt, ist auf Grund dieses Wortlautes die Gesundheit der Allgemeinheit. Ein anderes geschütztes Rechtsgut erscheint nicht denkbar. Dabei erfolgt eine Verletzung dieses Rechtsgutes nicht erst dann, wenn tatsächlich ein Mensch von der betreffenden Krankheit als Folge der Übertretung des Verbotes ergriffen wird. Eine Verletzung ist auch dann schon vorhanden, wenn eine abstrakte Gefahr für die Allgemeinheit durch Verletzung der Maßregel oder Übertretung des Gebotes entsteht ⁷⁹⁾.

Auszugehen ist davon, daß eine Anordnung einer Behörde immer nur dann dem Schutz der Allgemeinheit dient, als sie von einer sachkundigen Behörde erlassen ist. Eine völlig unpassende und unzumutbare Anordnung, die von einer Behörde erlassen würde, der die

76) vgl. S. 71 ff.

77) Die Begründung zu § 444 E 1960 enthält keine Stellungnahme zu dem Problem "abstrakte oder konkrete Zuständigkeit"; vgl. E 1960, Begründung zu § 444, S. 583 ff.

78) Schwarz-Dreher, 23, § 327, Anm. 1 B.

79) dies folgt aus § 327 Abs. 2 StGB.

dafür erforderlichen hygienischen Sachkenntnisse fehlten, würde nicht die Gesundheit der Allgemeinheit zu schützen vermögen. Ein Verstoß gegen diese Anordnung würde daher auch keine abstrakte Gefahr für die Allgemeinheit verursachen. Das durch § 327 StGB geschützte Rechtsgut wäre nicht verletzt. Sieht man von möglichen Ausnahmen ab, so kann man sagen, daß die Vermutung dafür spricht, daß eine konkret zuständige Behörde sachkundig ist, einer unzuständigen Behörde dagegen die erforderliche Sachkenntnis mangelt. Die Anordnung einer konkret zuständigen Behörde wird daher in der Regel geeignet sein, die Gesundheit der Allgemeinheit zu schützen, die der konkret nicht zuständigen Behörde wird dazu im allgemeinen nicht in der Lage sein. Die hauptsächliche Erwägung, die den Gesetzgeber ⁸⁰⁾ bewogen hat, einer Behörde die konkrete Zuständigkeit zuzusprechen, ist die der bestmöglichen Wirkung der Anordnung, die die erforderliche Befähigung und Sachkunde voraussetzt. Ist eine Behörde lediglich abstrakt, das heißt zwar im allgemeinen zum Erlaß von Anordnungen dieser Art zuständig, hat ihr aber der Gesetzgeber die konkrete Zuständigkeit versagt, so ist dies in der Regel deswegen geschehen, weil die für den Einzelfall erforderliche Sachkunde nicht gewährleistet ist.

Es kann daher vermutet werden, daß lediglich die von einer konkret zuständigen Behörde angeordneten Maßregeln oder Verbote der Verhütung des Einführens oder Verbreitens dienen können, daß nur durch die Verletzung und Nichtbeachtung dieser Maßregeln und Verbote eine Gefährdung der Gesundheit der Allgemeinheit eintreten kann. Aus diesem Grund ist für § 327 StGB konkrete Zuständigkeit der Behörde erforderlich. Dieses Ergebnis wird gestützt durch die allgemeinen, bereits gebrachten Einwände ⁸¹⁾, daß auf Grund rechtsstaatlicher Erwägungen lediglich eine von konkret zuständiger Behörde erlassene Anordnung rechtsbeständig sein kann, eine von einer konkret unzuständigen Behörde erlassene Anordnung auf ein Rechtsmittel hin aufzuheben wäre. Es ist jedoch nicht möglich, einerseits eine Anordnung als rechtswidrig, weil der konkreten Zustän-

80) wobei von Gesetz als im materiellen Sinn gesprochen wird.

81) vgl. S. 68 ff; S. 71 ff.

digkeit ermangelnd, aufzuheben, andererseits eine Handlung, durch die die Anordnung verletzt wird, ebenfalls als rechtswidrig zu bezeichnen. Für den gleichen Lebensvorgang kann nicht zweierlei Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit gelten. Auch aus diesem Grund muß daher die Zuständigkeit der Behörde in § 327 StGB konkret vorliegen⁸²⁾.

§ 328 StGB unterscheidet sich von § 327 StGB nur dadurch, daß er nicht wie § 327 StGB Krankheiten des Menschen, sondern Viehseuchen betrifft⁸³⁾. Geschütztes Rechtsgut des § 328 StGB ist daher die Gesundheit des Viehbestandes der Allgemeinheit. Für die Bestimmung der Zuständigkeit gelten die Ausführungen zu § 327 StGB entsprechend, lediglich die Maßregeln oder Verbote einer konkret zuständigen Behörde vermögen in der Regel das Rechtsgut zu schützen. Erforderlich ist für § 328 StGB ebenfalls konkrete Zuständigkeit der Behörde⁸⁴⁾.

10) § 348 Abs. 1 StGB

Nach § 348 Abs. 1 StGB ist die Falschbeurkundung im Amt strafbar. § 348 Abs. 1 StGB, der ein echtes Amtsdelikt behandelt⁸⁵⁾, enthält den Begriff der Zuständigkeit. Erforderlich ist zur Begründung der Strafbarkeit ein Handeln des Beamten "... innerhalb seiner Zuständigkeit".

Zunächst ist wieder das durch § 348 Abs. 1 StGB geschützte Rechtsgut festzustellen.

§ 348 Abs. 1 StGB behandelt, wie gesagt, ein echtes Amtsdelikt. Es kann nur von einem Beamten begangen werden und begründet nicht,

82) § 331 E 1960, der die Verbreitung einer übertragbaren Krankheit unter Menschen bestraft, enthält im Gegensatz zu § 327 StGB nicht mehr das Merkmal der Zuständigkeit.

83) vgl. Schönke-Schröder, 10, § 328, Anm. I; Schwarz-Dreher, 23, § 328, Anm. 1.

84) § 332 E 1960, der das Verbreiten von Krankheitserregern oder Schädlingen unter Tieren oder Pflanzen bestraft, enthält ebenfalls, im Gegensatz zu § 328 StGB, nicht mehr das Merkmal der Zuständigkeit.

85) siehe Schwarz-Dreher, 23, § 348, Anm. 1 a A; Kohlrausch-Lange, 43, § 348, Anm. I.

wie die unechten Amtsdelikte, lediglich eine Strafschärfung. Die echten Amtsdelikte besitzen ein gemeinsames, durch die jeweilige Norm geschütztes Rechtsgut.

"Der Beamte steht zu einem Dienstherrn in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis (Beamtenverhältnis)" ⁸⁶⁾. Wenn auch der strafrechtliche Beamtenbegriff des § 359 StGB weiter gefaßt ist als der Beamtenbegriff des Staats- und Verwaltungsrechts, so können doch die Grundsätze, die sich aus dem staatsrechtlichen Beamtenbegriff ergeben, einheitlich auch für den Bereich des StGB übernommen werden. Auch für den Beamten im Sinne des Strafgesetzbuches als Verwalter eines Amtes gilt im weiteren Umfang eine Dienst- und Treuepflicht. Das Beamtenverhältnis unterscheidet sich demnach grundlegend von einem allgemeinen privatrechtlichen Arbeitsverhältnis. Zwar trifft auch den privatrechtlichen Arbeitnehmer eine Treuepflicht, doch ist diese nicht derart ausgeprägt wie die öffentlich-rechtliche Treuepflicht des Beamten. Diesem steht gegenüber seinem Dienstherrn kein bloßer Anspruch auf Vergütung oder Lohn zu, sondern ein besonderes Recht auf Fürsorge und Schutz ⁸⁷⁾. Aus dem besonderen Verhältnis zwischen Dienstherrn und Beamten - auf der einen Seite die Dienst- und Treuepflicht des Beamten, auf der anderen Seite die Fürsorge- und Schutzpflicht des Dienstherrn -, ist der Zweck der Beamtendelikte des StGB zu entnehmen ⁸⁸⁾. Sie sollen die Wahrung der Dienst- und Treuepflicht gewährleisten. Geschützt wird die Reinheit der Amtsführung.

Von einer "Amtsführung" kann, rechtsstaatlichen Grundsätzen gemäß, nur solange gesprochen werden, als der Beamte in jedem Fall konkret zuständig ist, die jeweilige Amtshandlung vorzunehmen. Von einem Amt, der Führung eines Amtes, kann nur solange gesprochen werden, als die Handlungen, die in Ausübung des Amtes vorgenommen werden, rechtmäßig sind. Für den gleichen Lebensvorgang kann aber nur eine Art von Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit gelten ⁸⁹⁾.

86) dies ist der Wortlaut des Art. 2 Bay. BG; vgl. auch § 2 BBG.

87) vgl. §§ 79 ff. BBG.

88) wobei lediglich die echten Beamtendelikte behandelt werden und von den unechten abgesehen werden soll.

89) vgl. S. 68 ff; S. 71 ff.

Da eine Handlung eines konkret unzuständigen Beamten immer rechtswidrig ist, kann auch von Amt oder Amtsführung ⁹⁰⁾ nicht mehr gesprochen werden. Nimmt nun ein Beamter eine Falschbeurkundung vor, zu der er zwar abstrakt, aber nicht konkret zuständig ist, so kann diese Beurkundung, auch wenn sie wahr wäre, nicht rechtmäßig sein. Es fehlt bereits an der Voraussetzung der Führung eines Amtes. Bei lediglich abstrakter Zuständigkeit wird daher das Rechtsgut der Reinheit der Amtsführung nicht verletzt.

Durch § 348 Abs. 1 StGB wird weiterhin das Vertrauen der Allgemeinheit in die öffentlichen Urkunden geschützt, soweit die Beurkundung rechtmäßig erfolgte. Da aber, wie dargelegt, Voraussetzung der Rechtmäßigkeit der Beurkundung die konkrete Zuständigkeit des Beamten ist, wird dieses Rechtsgut bei lediglich abstrakter Zuständigkeit nicht verletzt.

Erforderlich ist zur Begründung der Strafbarkeit einer Tat nach § 348 Abs. 1 StGB konkrete Zuständigkeit des Beamten ⁹¹⁾.

11) § 360 Ziffer 8 StGB

Die Übertretung des § 360 Ziffer 8 StGB behandelt die unrichtige Angabe oder das Verweigern der Angabe der Personalien einer zuständigen Behörde, einem zuständigen Beamten oder Soldaten der Bundeswehr gegenüber. Das durch § 360 Ziffer 8 StGB geschützte Rechtsgut entspricht weitgehend dem des § 113 StGB. Geschützt ist ebenfalls die rechtmäßig handelnde Staatsgewalt, jedoch beschränkt sich die Form nicht auf die Exekutive, sondern umfaßt auch Rechtsprechung und Gesetzgebung ⁹²⁾. Die Frage, ob die Zuständigkeit abstrakt oder konkret vorliegen muß, ist entsprechend dem bereits Ausgeführten ⁹³⁾ zu beantworten. Da eine Aufforderung, die Perso-

⁹⁰⁾ Im rechtsstaatlichen Sinn.

⁹¹⁾ a.A. Schönke-Schröder, 10, § 348, Anm. II 2 d; vgl. auch BGH 12, 85; RG 71, 227. Der E 1960 bestimmt in § 307 StGB die Strafbarkeit der unwahren öffentlichen Beurkundung. Dem sachlichen Inhalt nach entsprechen sich § 348 Abs. 1 StGB und § 307 Abs. 1 E 1960. In der Begründung zu § 307 E 1960 ist eine Stellungnahme zum Problem "abstrakte oder konkrete Zuständigkeit" nicht enthalten. Vgl. E 1960, Begründung zu § 307, S. 448 ff.

⁹²⁾ Zuständige Behörde kann auch ein Gericht oder, die Legislative repräsentierend, ein parlamentarischer Ausschuß sein; vgl. Art. 44 Abs. 2 GG; Hamann, Art. 44, Anm. B 3.

⁹³⁾ vgl. S. 49 ff; S. 68 ff; S. 71 ff.

nalien anzuzeigen, bei fehlender konkreter Zuständigkeit rechtswidrig wäre, geschützt aber nur die rechtmäßig handelnde Staatsgewalt wird, ist zur Strafbarkeit einer Tat nach § 360 Ziffer 8 StGB konkrete Zuständigkeit der Behörde, des Beamten oder des Soldaten der Bundeswehr erforderlich⁹⁴⁾.

12) § 360 Ziffer 12 StGB

Die Blankettnorm des § 360 Ziffer 12 StGB erfordert Anordnungen der zuständigen Behörden, durch die der Zinsfuß festgesetzt worden ist. Für die Ausfüllung dieser Blankettnorm gilt insbesondere § 34 GewO. Nach § 34 Abs. 2 GewO können Rechts VO "... zum Schutz der Allgemeinheit und der Verpfänder erlassen ..." werden, betreffend die Geschäfte der Pfandleiher.

Aus dieser Fassung des § 34 Abs. 2 GewO ergibt sich als durch § 360 Ziffer 12 StGB geschütztes Rechtsgut das Vertrauen der Allgemeinheit in die Geschäftsführung der Pfandleiher und die Sicherheit der Verpfänder vor Ausnützung ihrer Notlage. Da die Anordnung der zuständigen Behörde über die Zinshöhe durch VO erfolgen muß, ist immer erforderlich, daß die VO rechtsgültig ist. Lediglich eine rechtsgültige VO kann den Schutzzweck erfüllen. Eine Zuwiderhandlung gegen eine von einer konkret unzuständigen Behörde erlassene und daher rechtswidrige VO vermag das durch § 360 Ziffer 12 StGB geschützte Rechtsgut nicht zu gefährden.

Erforderlich ist daher konkrete Zuständigkeit der anordnenden Behörde⁹⁵⁾.

13) § 363 StGB

Als geschütztes Rechtsgut des § 363 StGB ist wieder die rechtmäßig handelnde Staatsgewalt anzunehmen⁹⁶⁾. Da es sich bei § 363 StGB um eine Blankettnorm handelt und die Zuständigkeit der die aus-

94) Im E 1960 ist eine Strafbestimmung mit dem Inhalt des § 360 Ziffer 8 StGB nicht enthalten; vgl. E 1960 Anhang, S. 645.

95) Im E 1960 ist eine Strafbestimmung mit dem Inhalt des § 360 Ziffer 12 StGB nicht enthalten; vgl. E 1960 Anhang, S. 645.

96) vgl. S. 63 ff; S. 84.

füllende VO erlassenden Dienststelle der Bundeswehr gefordert ist, kann auf die bereits gebrachten Ausführungen ⁹⁷⁾ Bezug genommen werden. Eine Verletzung des geschützten Rechtsguts kann nur eintreten, wenn die VO rechtsgültig, das heißt von der konkret zuständigen Behörde erlassen ist.

Erforderlich ist daher zur Strafbarkeit einer Tat die konkrete Zuständigkeit der das Verbot aussprechenden Dienststelle ⁹⁸⁾.

14) Zusammenfassung

Bei allen behandelten §§ des StGB, in denen der Begriff der Zuständigkeit unmittelbar oder mittelbar enthalten ist, war festzustellen, daß ausnahmslos konkrete Zuständigkeit des Beamten oder der Behörde erforderlich ist. Maßgeblich für diese Feststellung war dabei der Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit, wie er in Art. 20 Abs. 3 und Art. 1 Abs. 3 GG zum Ausdruck kommt. Die eingangs erhobene Forderung nach grundsätzlich konkreter und damit zugleich auch abstrakter Zuständigkeit besteht damit nicht nur zu Recht, es ist darüber hinaus keine Ausnahme möglich. Daß allein diese Entscheidung mit dem, notwendigerweise oft erwähnten, Prinzip der Rechtsstaatlichkeit vereinbar ist, ergibt sich aus den Ausführungen zu den einzelnen §§.

97) vgl. S. 85.

98) im E 1960 ist eine Strafbestimmung mit dem Inhalt des § 363 StGB nicht enthalten; vgl. E 1960 Anhang, S. 645.

Lebenslauf

Ich wurde am 22.8.1937 in Stuttgart als Sohn des Facharztes für Innere Krankheiten Dr. med. Karl Fahrenkamp und seiner Ehefrau Gertrud, geb. Sontheimer, geboren. Im Jahre 1939 zog meine Familie nach München, im Jahre 1942 nach Pleinfeld bei Salzburg, wo ich die Volksschule besuchte. Im Jahre 1945 verstarb mein Vater. Meine Familie zog im Jahre 1946 nach Irschenhausen, Gemeinde Icking im Isartal. In Icking besuchte ich die Volksschule und trat anschließend in die dortige höhere Schule ein. Im Jahre 1961 trat ich in die Klenze-Oberrealschule München ein, wo ich 1956 die Reifeprüfung bestand. Im Jahre 1955 verstarb meine Mutter.

Im Winter-Semester 1956/57 begann ich an der Universität München das Studium der Rechtswissenschaft. Nach sieben Semestern bestand ich in München die erste juristische Staatsprüfung. Zur Zeit befinde ich mich im Vorbereitungsdienst der Rechtsreferendare.

